

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(3) : 付、指図及手形小切手の新たな構成への試み

著者	安達 三季生
出版者	法学志林協会
雑誌名	法学志林
巻	61
号	2
ページ	31-141
発行年	1964-02
URL	http://hdl.handle.net/10114/10152

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三)

——付、指図及び手形、小切手の新たな構成への試み——

安達 三季 生

目次

序章	本稿の課題と構成・その方法	
第一章	外国の立法例と債務承認説	
第二章	公信説とその批判	
第三章	指図引受による構成	
	(以上五十九卷三・四合併号)	
第四章	指図学説に対する批判と指図の本質	
	(以上六十卷一号)	
第五章	仮定的債務者の処分授権の概念	
	——実際には存在しない債権の譲渡に対する仮定的債務者の承諾を、独民法一八五条に定める処分授権として把えるか。	
第一節	問題の所在と本章の構成	
	(三三頁)	
一	仮定的債務者の処分授権の概念が提起されるに至る過程——前章までの梗概	第三節 仮定的債務者の処分授権の概念の是認さるべき根拠——隣接諸概念、諸制度との関連(外延的意味) (五〇頁)
二	本章の課題と構成	一 叙述の順序 (五〇頁)
三	本章の課題と次章以下との関係	二 実際には存在しない債権の売買における売主の担保責任との関連 (五三頁)
第二節	仮定的債務者の処分授権の概念規定とその構成要素(内包的意味)	連
一	仮定的債務者の処分授権の定義	1 わが民法の通説的解釈と仮定的債務者の処分授権の概念との矛盾 (五三頁)
二	その構成要素	2 ドイツ民法の規定との関係
1	二要素の結合	3 私見によるわが民法の解釈と仮定的債務者の処分授権の概念
2	要素の一——債権譲渡の歴史	
3	要素の二——処分授権の歴史	
4	処分授権と代理権授与との関係	

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三) (安達)

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(三)(安達)

三二

三 将来の債権(未発生権利)の譲渡との関連 (六一頁)

1 問題の所在

2 将来の債権の処分に関する法律関係

3 将来の債権の処分が是認される根拠

4 仮定的債務者の処分授權の概念との関係

四 善意取得との関連 (六六頁)

1 問題の所在

2 無権利者の処分の追完(追認をふくむ)と善意取得に関する歴史的考察

3 現行法における両者の関連

4 仮定的債権の譲渡における追完とその善意取得

5 要因証券ないし無因証券と文言証券の關係の理解のための寄与

五 いわゆる義務設定授權との関連 (七九頁)

1 問題の所在

2 授權概念について

3 義務設定授權の概念の意義

4 義務設定授權をめぐる議論と仮定的債務者の処分授權の概念——仮定的債務者の処分授權は義務設定授權なりや

六 信託的行為との関連 (九一頁)

1 問題の所在

2 利他的管理信託の發展とその処分授權への転化

3 仮定的債務者の処分授權において想定される右の過程と他人をして売却せしめるために振出される約束手形

4 利己的担保信託の發展とその担保物権(排他的ないし優先的処分權の授權)への転化

5 仮定的債務者の処分授權において想定される右の過程と狭義の既存債権担保のために振出される約束手形

6 その他の目的で振出される約束手形

東手形

(イ) 既存債権の譲渡を確実ならしめるための約束手形の振出

(ロ) 既存債務に代えて振出される約束手形および売買、贈与を原因とする約束手形の振出

7 本項のむすびと補足

(イ) むすび

(ロ) 約束手形をその後さらに譲受けた者の地位について

(ハ) 為替手形の振出、引受、裏書について

第四節 結語 (一三七頁)

一 仮定的債務者の処分授權の概念の確立と次章以下の課題

二 本章の構成をとるに至つた経緯 (以上本号)

第六章 仮定的債務者の処分授權の概念

による我民法四六八条一項および指図制度の構成

第七章 右の概念による手形小切手制度の構成

第五章 仮定的債務者の処分授權の概念——実際には存在しない債権の譲渡に対する仮定的債務者の承諾を独民法一

八五条に定める処分授權として把えうるか

第一節 問題の所在と本章の構成

一 仮定的債務者の処分授權の概念が提起されるに至る過程——前章までの梗概

我民法四六八条一項に定める指名債権譲渡における債務者の異議を留めざる承諾の制度は、他に立法例を見ない独特なものであるが、本稿はこの制度をいかに理論構成すべきかをその課題として出発した。第一章では、かつて石坂博士によつて提唱された債務承認説を、また第二章では現在の通説たる公信説を批判し、いづれの説もこの制度の理論構成として多くの欠陥を蔵することを見た。第三章では、いわば右の両説を綜合する意義を有する試みとして、ドイツ民法七八三条以下に定める指図の制度をとりあげ、ドイツ民法上特殊な無因の債務約束として扱われているところの、指図引受の制度を類推することによつて（その際、ドイツの指図引受の理論をそのまま援用するのではなく、フランスの理論や、更に、指図引受と共通性ある為替手形の引受に関する理論によつて、これに多少の修正を加えつつ）債権譲渡における債務者の異議なき承諾を構成することを試みた（そして、第三章末尾で、この構成を基礎として、異議なき承諾に関する従来の判例を、また、取引慣行の一端を示すものとして契約書の例文を、いちおう分析した）。（以上五十九卷三・四合併号）。

しかし、かかる類推的な理論構成では、必然的に論理的な曖昧さを免れない。指図の本質を如何に解するかについて、ドイツで現在でも多くの争いがあり必ずしも明確にされていない現状を考慮すれば、一層そうであるといわざるをえない(第四章の冒頭で、指図引受を類推しなした理論構成の論理的な曖昧さを具体的に指摘した)。そこで、第四章(六〇巻一号)では、債権譲渡における債務者の異議を留めぬ承諾のより、厳密な理論構成を探索する目的から、さかのぼって、指図の本質に関する従来のドイツの学説(いわゆる指図学説)を検討し、指図ないし指図引受の基本的な構成原理の追求を試みた。指図引受と異議を留めぬ承諾との基本的類似性が認められる以上、指図の基本的構成原理は同時に債務者の異議を留めぬ承諾のそれを形作ることが予想され(同じことは手形小切手についても妥当する)、この共通な基本的な構成原理をもって債務者の異議なき承諾を構成することによつてはじめて、その論理的に厳密な理論構成が可能となると考えられるからである。

かくして現在のドイツの支配的な指図学説である二重授權説を、指図の具体的な法律関係に即して検討し、これを手がかりとすることによって、指図におけるいわゆる受領授權(つまり、指図人の指図受取人に対する指図証書交付の関係)をもつて、指図人が、被指図人に対する実際には存在しない債権を、指図受取人に債権譲渡する関係と解し、また、被指図人のなす指図引受をもつて、右の如き債権譲渡に対する仮定的債務者¹¹被指図人の承認(それによつて、右の債権譲渡は、仮定的債務者¹²被指図人に対する関係においても有効な債権譲渡となり、あたかも有効に成立した債権についての譲渡があつたと同じ関係に立つ)であり、指図引受を経ない支払も、かかる指図引受を暗黙の前提として含むものと解するのが指図の具体的な法律関係に適合すると考えるに至つた(なお、二重授權説のいふところの、指図人の被指図人に対する支払授權は——指図撤回の際の法律関係からいつても——指図の本質的な構成要素でないと解する)。そして更に進んで、右の指

図引受における「実際には存在しない債権の譲渡に対する仮定的債務者の承認」をもつて、独民法一八五条に定め、また仏民法でも我民法でも学説判例上認められているところの、処分授權 (Ermächtigung zur Verfügung) の一種として、つまり、「仮定的債務者の処分授權」として把えることができるのではないかと考えるに至つた（より、具体的にいえば、通常の、指図証書が指図受取人に交付された後になされる被指図人の指図引受は、あたかも、無権利者のなした処分の後には権利者によつてなされる追認 (Genehmigung)、すなわち事後の処分授權、と同様に、事後の仮定的債務者の処分授權と解し、指図証書交付前になされる被指図人の指図引受は、あたかも、無権利者の処分前に権利者によつてなされる承諾 (Einwilligung)、すなわち事前の処分授權、と同様に、事前の仮定的債務者の処分授權と解することになる）。

かくして指図の基本的な構成原理として、また同じく手形小切手の基本的な構成原理として（つまり、為替手形における支払人の引受は、右に述べた指図証書交付後の被指図人の引受と同じく、事後の仮定的債務者の処分授權と解し、約束手形の振出は、右に述べた指図証書交付前の被指図人の引受と同じく、事前の仮定的債務者の処分授權と解することになる）、仮定的債務者の処分授權の概念に到達し、しかして我民法四六八条一項は、まさにこの概念を端的に表明するものではないかと考えるに至つたのである。

二 本章の課題と構成

仮定的債務者の処分授權なる概念は後述の如く（五〇頁以下参照）ドイツにおいても未だ認められるに至つていない。そこでこれを一個の法律概念として確立しようというのが本章の課題である。

この課題を追求するために、この概念と関連性のある、とりわけこの概念と矛盾するかに見られる、諸々の既存の

法制度ないし法理論をとりあげ、果してこれらが真に仮定的債務者の処分授權の概念と矛盾するものであるかを検討しよう。その結果、この概念が既存の法制度や法理論と論理的に矛盾することなく、かえつて法秩序の論理的整合性の要求からして要求され是認される概念であることが論証されるであろう(第三節)。

そして右の第三節における論述の論理的な前提ないし出発点として、(私が考えている)仮定的債務者の処分授權という概念のいわば内包的意味をまず確立しておく必要がある。それは、右の概念をその構成要素に分ち、その内的構造を明らかにすることである。第二節はこれは扱う(もつとも、このことは、すでに前章末尾(六〇巻一号九一頁以下参照)で、大まかには試みられているのであるが、ここであらためてより明確にとりあげようとするのである)。

ところで、第三節において仮定的債務者の処分授權の概念の是認さるべきことを論証することは、この概念がそこで触れられている(仮定的債務者の処分授權と関連性のある)他の法制度ないし法概念といかなる論理的ないし歴史的関連性を有するかを明らかにする意義を存するであろう。いいかえれば、仮定的債務者の処分授權なる概念の、それと隣接する他の法制度ないし法概念との関連を明らかにし、いわばこの概念の外延的意味を明らかにする意義を有するであろう(ここでいう内包的・外延的という語は、論理学上通常用いられる意味とは異なるかも知れない。ここでの用法は、九鬼周造博士「いきの構造」のそれに倣ったものである)。かようにして第三節は、仮定的債務者の処分授權の概念の内包的意味を明らかにすることを目ざす第二節と互に対をなしつつ、相まつてこの概念の意味構造を明らかにするであろう(なお、後述結語二を参照)。

かように私は、第三節において試みるところの、仮定的債務者の処分授權の概念が既存の他の法制度ないし法概念と論理的整合性を有することの論証が、とりもなおさず、仮定的債務者の処分授權の概念と、それに隣接する諸制度、諸概念との客観

的な論理的関連を明らかにする意義を有しうると解するが、かかる理解は、川島教授がその著名な論文「判例研究の方法」(法律時報三四卷一号、二号所収)において次のように説かれるところと矛盾するものではないと思う(この論文は、直接には判例研究の方法を問題としているが、広く法律学一般のあり方についても妥当するはずだと考える)。

教授は経験科学としての法律学の立場(つまり、法秩序の現実の構造と機能を発見することを目的とし、裁判予見の要求にこたえらるとともに、裁判における正当化の技術の論理的構造や機能を明らかにして法律実務家に法的技術を提供しようとする立場)から、「新たな判決によつて与えられた先例規範ないし仮説(これをここでは《仮説としての新たな法概念》と読みかえよう——引用者)について既存の規範・仮説のシステムとの体系的・論理的関係を明らかにすること」の必要性を強調しつつ、しかしこのことは経験科学としての法学にとつて「決して前者が後者と論理的に矛盾のない関係——いわゆる論理的整合性——を構成する、ということの意味してはならない」と説き、その理由として「従来、法解釈学はそのような論理的整合性をその《解釈》的作業の目的としてきた、といつてよいであらう。また、一般的には、法秩序は統一への指向という力の作用を内蔵しているといつてよいであらう。しかし、現実には社会の中の利益関係は変化し、また価値観の体系も変化し、それに対応して……すべての裁判の内容が(ここでも、これを《仮説としての新たな法概念》と読みかえよう——引用者)既存の制定法や裁判の内容と論理的・体系的に矛盾のないものであることを保障しえない」(法律時報三四卷二号五〇頁)からだと説かれる。

この指摘は誠に正當というほかないが、しかし本章で問題にしている仮定的債務者の処分授權(という仮説としての新たな法概念)は、債務者の異議を留めぬ譲渡の承諾や指図や手形などの基礎的構成原理を形成すると予想されるものであり、しかもこれらの制度が近代取引法の重要な側面を形作るものである以上、右の概念が、他の既存の近代取引法上の諸制度ないし諸概念と論理的整合性を有するに違いないということは、容易に推察されるところである。両者は共通の社会的基盤に立ち、共通の利益関係、共通の価値体系を前提とするものだからである。従つて、仮定的債務者の処分授權の概念と他の既存の取引法上の

の制度ないし法概念との論理的整合性を追求する、いわば伝統的な法解釈学的姿勢をとった試みが、同時に両者の客観的な論理的関連を明らかにする意義を有することになりうるのである。(両者の客観的な論理的関連を明らかにすることの意義については次段特に本頁末尾の付説を参照)

三 本章の課題と次章以下との関係

次章以下においては、前章で異議なき承諾や指図や手形や無記名債権等の諸制度に内在する基礎的構成原理をなすものと予想されたところの仮定的債務者の処分授權の概念が、果して真に右の諸制度の内在的構成原理を形成するものであるかを検証するであろう。そしてこのことは前章末尾にも触れたように、仮定的債務者の処分授權の概念を出発点とし大前提とする(その際、特にこの概念の内包的意味が中心になる)ところの、演繹的論理の展開によつてなされるそれぞれの制度の再構成の過程において、具体的になされねばならない(このことはすでに部分的には前章で、仮定的債務者の処分授權の概念に到達するまでの、いわば帰納的推論の過程の中でなされたが、これがあらためてより厳密に、かつ全面的に行なわれるであろう)。

そして次章における右の課題は、本章の本来の課題であるところの仮定的債務者の処分授權の概念の確立という課題にとつては、この概念の具体的な現象形態を探索するという意義を有し、また(別の角度からいうならば)この概念が現実の諸々の法制度を把握するための有用な概念であることを確認する意義を有するであろう。

なお、前掲川島論文は「一つ一つの先例規範ないし仮説(ここでは《仮説としての新たな法概念》と読みかえよう——引用者)を既存の先例規範ないし仮説(《既存の法制度ないし法概念》と読みかえよう——引用者)のシステムの中に位置づけて、

その論理的関係を明確にすること」が経験科学としての法律学にとつて必要である所以を「このことによつてはじめて、その新たな規範Ⅱ仮説そのものの意味が明確となるのみでなく、既存の規範Ⅱ仮説のシステムにとつての意味も明確となり、その結果、新たな規範Ⅱ仮説と既存の規範Ⅱ仮説との論理的関係からの推論によつて未だ具体的には明らかにされていない問題についての裁判を予見することも一おう可能となる」と説明されている（法律時報三四卷二号四九頁）。

本稿の構成を右引用文になぞらえて見るならば、仮説としての仮定的債務者の処分授權の概念と既存の法制度や法概念との論理的関連を明確にすることが本章で試みられ、その基礎の上に立つて、その論理的推論によつて（その際、内包的意味が中心になるであろう）、次章以下が展開されるが、それは前述のように、仮定的債務者の処分授權の概念が真に債権譲渡における債務者の異議なき承諾や指図、手形小切手などの基礎的構成原理であるかを、具体的に現在の法規定や判例・学説を素材として検証する意義を有し、かくして確かめられたこれらの制度の内在的構成原理ないし法則性の把握は——従来、裁判官ないし法解釈学者が、多かれ少なかれ法的直観力によつて具体的な問題に関する一定の解決を導き出していた際に、無意識的に依拠していた法則性を明白に意識させることによつて、問題の解決を導き出すに至る思考過程を論理的に明確にさせ、その意味で思考経済に役立つとともに、法的直観力に頼ることによつて往々生ずべき法則性の逸脱を未然に防がしめ、その意味で法的安定性にも役立ち、また他面では——市民の側にとつては、裁判の予見に役立つてであろう。

第二節 仮定的債務者の処分授權の概念規定とその構成要素（内包的意味）

一 仮定的債務者の処分授權の概念規定

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（三）（安達）

1 私見による仮定的債務者の処分授權とは(1)実際には存在しない債権の債権者(従つて非権利者ないし仮定的債権者)が、これを存在する債権として譲渡(処分)するのに対して(2)債務者として想定された者、従つていわば仮定的債務者が、これを譲渡前に承諾、ないし譲渡後に追認し、自己に対する関係でもその債権譲渡が有効な債権譲渡であることを承認し(3)それによつて、その債権譲渡(処分)は有効な債権譲渡となり、従つて譲受人はあたかも最初から有効に存在する債権の譲受人と同様な地位におかれる、という関係をいう(右の(1)(2)は仮定的債務者の処分授權の要件に関し、(3)はその効果に関する)。

そしてこの関係は、ドイツ民法一八五条に定め、我国でも(明文の規定はないが代理の規定の類推によつて)学説判例上認められているところの処分授權の一種である(処分授權に関する我国の学説判例については、最近発表された於保「無効行為の追認」(有斐閣・判例演習民法総則編二〇九頁以下所収)を参照されたい)。

すなわち、ドイツ民法同条は「非権利者が権利者ノ同意ヲ得テ目的物ニ付キ為シタル処分ハ有効トス。非権利者が為シタル処分ハ権利者ガ之ヲ追認シタルトキハ……有効トス(後略)」と定め、①無権利者の処分行為(例えば他人の所有権の譲渡)に対して②権利者が事前の承諾(Einwilligung)(処分前の授權、または事後の追認(Genehmigung)(処分後の授權)をなし、自己に対する関係でもその処分行為が有効であることを認めることによつて、③処分行為は有効な処分行為となり、従つて、その相手方は、処分者があたかも最初から権利者であつたと同様な地位におかれることになるが、前述の「仮定的債務者の処分授權」における(1)(2)(3)の部分はそれぞれ右の「本来の処分授權」における①②③の部分に対応する関係を有する。

ただし、(1)の点について、後者にあつては既に存在する権利について非権利者が処分するのに対し、前者にあつて

は、存在していない権利（債権）についての債権者（非権利者ないし仮定的債権者）が譲渡（処分）し、またこれと対応して、(2)の点について、処分授權をなす主体が前者にあつては、権利者であるのに対し、後者にあつては債務者と想定された者（仮定的債務者）だという点において特異性を有する。そこで前者の本来の処分授權に対して後者を特に仮定的債務者の処分授權と称する。しかし前者の処分授權に関する法律關係が後者に全面的に妥当する意味において、両者は本質的に全く同一の性質を有するものである。

2 仮定的債務者の処分授權においては、実際には存在しない債権を存在するものとして譲渡するのを債務者と想定された者が授權（譲渡授權）するのが典型的な事例である（そうして以下の叙述もこれを中心に行なつていく）が、しかし譲渡のほか、質權設定その他、当事者の意思によらない強制処分であるところの転付命令、取立命令等の場合もこれに含まれる（強制処分が処分行為に該当するかは、かなり問題である。ドイツでは否定的見解がとられているようである。もともと、処分行為に関する個々の規定は、多くこれに準用すべきものとしていふ。Vgl. *Emmecerus-Nipperdey, a. a. O., § 148, Anm. 9* 準用される限度では、強制処分も処分行為としての性質を有するといつても構わないのではなからうか。換言せば、仮定的債務者の譲渡授權よりもより、広い「仮定的債務者の処分授權」の語を用いるのは、まず、譲渡のほかには右の如き場合をも含ませるためである。他面、仮定的債務者の処分授權の語は、これが「本来の処分授權」の一種であるという關係を直接明示する点で好ましいからである。

3 なお、他人の所有物の上の実際には存在しない制限物權（地上權、永小作權、質權、抵當權等）を存在するものとして、その權利者（非權利者あるいは仮定的權利者）が譲渡ないしその他の処分をなす場合に、その所有者（すなわち想定されたる、もしくは仮定的な、制限物權の設定者）がこの譲渡ないしその他の処分を事前に承諾ないし追認する關係も、仮

定的債務者の処分授權と同様な関係であり、従つて譲渡ないしその他の処分行為は、右の承諾ないし追認(授權)の結果有効となり、その相手方はあたかも有効に成立した制限物権の譲受人ないし処分行為の相手方と同様な地位におかれるべきであると解する(この関係は、すでに債権の消滅している抵当権付債権の譲渡について債務者が異議を留めず承諾したような場合に實際上特に問題になる。次章でとりあげる)。

従つて、かかる、想定されたもしくは仮定的な制限物権設定者の処分授權と、仮定的債務者の処分授權とを包摂するより、広い処分授權の概念を構成することも可能である。そしてこれに相当する語として「仮定的負担設定者の処分授權」という語を用いるならば、本来の処分授權が、権利者の処分授權であるのと対照的な関係を示す意味において適切だといえよう。

二 仮定的債務者の処分授權の要素

1 二要素の結合

右に述べた所から明らかなように、仮定的債務者の処分授權の概念における要素は(イ)債権譲渡(一般的には債権処分であるが、債権譲渡によつてこれを代表させる。以下同じ)と(ロ)処分授權である。従つて、仮定的債務者の処分授權をめぐる具体的な法律関係は、右の両制度の法律関係の結合においてとらえねばならぬ。

例えば、仮定的債務者の処分授權のあつた場合に、譲受人が債務者に対し債権譲渡を對抗して支払を請求する関係は、債権譲渡における債務者に対する對抗要件如何の問題と同一に把えるべきであり、また、仮定的債務者の処分授權が単独行為なりや、無因行為なりや、譲渡人及び譲受人のいづれに對してなすべきや等の問題は、本来の処分授權

におけるこれ等の問題と同様に把えるべきである（ちなみに、本来の処分授権に関し、独逸民法一八二条は、それが単独行為であり、処分者とその相手方のいづれに対してもなしうることを定める）。その他、右の両制度の個々の法律問題が具体的に仮定的債務者の処分授権をめぐる法律問題のいかなる側面において妥当するかは、次章において検討されるはずである。ここではその前提ないし準備作業として、右の両制度の歴史的意義について簡単に触れよう。

2 要素の一——債權譲渡の歴史

債權譲渡は近代に至つて完成された制度である（以下、Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 78, I を引用する。なお、Kaser, Das Römische Privatrecht, § 153 原田「ローマ法」下巻三三頁、参照）。(a) 債權をもつて債權者と債務者の間の人格的な鎖と考えられていたローマ法では、債權譲渡の制度は存在せず、これと同様な経済的結果をうるために、最初は更改が利用されたが（しかし更改においては債務者の協力を要する）、その後、商取引の発達するや、債務者の意思によらない債權譲渡の代用物として、自己の利益のための訴訟代理人 (procurator in rem suam) に（譲受人を）任命するという方法が創られた。かかる訴訟において、債務者は訴訟代理人に給付すべき判決がなされ、訴訟代理人は（自己の利益のために訴訟を遂行するのだから）訴訟によつて得たものを保有することができた。

かかる取立委任は（もちろん訴訟によらぬ取立の授権をも包含したが）、最も古い形での債權譲渡である。しかし、これは当初、すべて委任がそうであるように、委任者（譲渡人）と受任者（譲受人）の生存に依存し、撤回によつて消滅し、更に、債務者が訴訟提起前に本来の債權者（譲渡人）に辨済すれば効力を失つた。しかし古典時代になつて、受任者（譲受人）はこの危険から保護されるに至り、当事者の死亡や撤回によつて影響されぬ独立した權利が与えられ、また、債務者がその後はもはや債權者（委任者）に有効な辨済をなしえぬという効果を伴うところの、債權者に対して譲渡を

通知 (denuntiatio) する権利が受任者 (譲受人) に与えられた。ローマ法の発展は以上に留まつた。ドイツ法がこの発展を完成させた。

(b) ゲルマンの法感情においては、債権を債権者の人格と切り離しえないものとする観念は元来存在しなかつた。従つて十五世紀にドイツの多くの地方で、ローマ法の影響によつて債権譲渡が承認されたとき、これを債権自体の譲渡として扱つた。ローマ法の極めて技巧的でその歴史的発展からのみ説明しようところの、譲受人が権利行使の独立した権利を有し債権自体は譲渡人に留まる、という構成は、ドイツ人の意識にはうけいられなかつた。そして、債権者の同意という嘗て要求された要件も、中世の末になるにつれ次第に必要とされなくなつた。かくして債権は取引能力ある法的財産として認められ、その同一性を失うことなしに契約によつて移転されるに至つた。

(c) 右の意味において、すべての近代の法典は、債権譲渡を認めている。プロイセン普通国法典 (第一篇章三七六条 三九三条) フランス民法典 (一六八九条) イタリア民法典 (一一一九条、現行一二六〇条) オーストリア民法典 (一三九二条) スイス債務法 (一六四条以下)。英米法においても債権譲渡は認められている (一八七三年裁判所法 Judicatur Acts)。

以上のごとく債権譲渡が近代法の所産であることを考えるならば、指図や手形や無記名債権の制度が同じく近代法の所産であることは——これらの制度は私見によれば、いずれも仮定的債務者の処分授權をその基礎的構成原理となすものであり、かつ、後者は債権譲渡をその構成要素としている点からいつて——歴史的必然性を有するといえよう。

3 要素の二——処分授權の歴史

処分授權の制度は、すでにローマ法において認められた。Max Kaaser の説明によれば、ローマ古典時代、握取行為 (manipatio)、法廷譲与 (in iure cessio) 等の要式処分行為においては処分授權は許されず、権利者自らが行うべきもの

とされたが、引渡 (traditio)、質権設定などの無方式の処分行為においては処分授權が認められ、権利者の、特別のあるいは一般の、また、事前のあるいは事後の、また、明示のあるいは黙示の、同意ある限り、その支配下にある者（家子・奴隸）であると否とを問わず、有効に処分しえた (Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd I, S. 228)。その後、他人の権利の譲渡や質権設定は、権利者の事前の同意あるときのみなしうると制限されたが、ユスチニアヌス帝は、再び古典時代に還したとされている (Kaser, a. a. O. II, S. 68 なお、於保「追完について」同「財産管理権論序説」二四九頁参照)。

これがドイツ普通法を経てドイツ民法一八五条にひきつがれたことはいうまでもないが、そこでは、ローマ法と異つて、処分行為の要式、不要式を問わずこれを認め、要件を緩和している（独民法一八五条、一八二条）。（なお、後述六八頁参照）フランス民法典には処分授權に関する明文の規定はないが、学説判例上ドイツ民法と同じ趣旨を認める (Ripert et Boulanger, Traité de Droit Civil, III, § 1305)。スイス民法についても同様である (von Tuhr/Siegarth, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, § 28, III)。イギリス法も大体認めるようである (Jenks, English Civil Law, II § 1498)。わが民法については前述した（四〇頁参照）。要するに、近代諸国において普遍的に認められる法原則ということができよう。

4 処分授權と代理の関係

周知のようにローマ法では「法律行為はそれをなす者に対してのみその効力を生ず」という法原則に拘束されて、極く少数の例外を除いては、直接代理の制度は認められていなかったたので、同様な経済的目的を達するために、これに代るいくつかの制度が用いられていたのであるが（例えば、家長・主人の権力に服する家子・奴隸を通じて権利を取得する制度、本人が「代理人」と並んで相手方に対して責を負う、いわゆる *actiones adiecticiae qualitatis*、財産管理のための信託的譲渡な

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（三）（安達）

ど) 処分授權もそのうちの二つとしての意義を有していた (Kaser, a, a. O. I, S. 228ff 原田「日本民法典の史的素描」六〇頁以下、大西「代理の研究」一二頁以下参照)。(なお、信託的譲渡と処分授權の関係については後述九一頁以下参照)。

近代に至つて漸く直接代理の制度は認められるに至り、それをめぐる個々の法律関係も次第に整備されていったが、この過程において、より早くから認められていた処分授權に関する個々の法律関係が多かれ少なかれこれに影響を及ぼしたであろうこと、また逆に——代理制度が一旦認められると、それが実生活上有する高い有用性のために、その個々の法律関係の整備は急速にかつ豊富に進められていくから——代理に関する個々の法律関係が、立ち遅れている処分授權の法律関係に影響を与えたであろうことは容易に推測されよう。というのは、両者の間には、たしかに重要な差異はある(前者は他人の名において他人の財産関係に干渉する関係であるのに対し、後者は、自己の名においてそれをなす)。しかし両者はいずれも、他人の財産の管理の手段であり、自己の法律行為によつて、他人の財産関係に直接干渉する関係であるという点において、その経済的機能のみならず、技術的構造においても基本的に共通した性格を有するからである (Staudinger-Coing, Kommentar zum BGB, Vorben, zu § 164, VIII, 2a は「両者の差異を程度の差だと表現している」)。

ドイツ民法典の条文の構成は、まさに右の基本的共通性を前提としかつこれを承認したものと見えよう。すなわちドイツ民法一八二条以下は「契約又ハ他人ニ対シテ為スベキ単独行為ガ第三者ノ同意 (Zustimmung) ニ因リテ其効力ヲ生ズルトキ」の同意(これが事前になされるときは事前の承諾 *Einwilligung* であり事後になされるときは追認 *Genehmigung* である)について一般的規定を設けているが、この同意の中には、一八五条に定める処分授權及び、一六四条以下と一七七条においてそれぞれ定める事前の代理權授与 (*Bevollmächtigung*) と無權代理の追認 (*Genehmigung*) がいづれも含まれるものとされ (Ermecerus-Nipperdey, a. a. O. § 204, I, 2. Lehmann, Allgemeiner Teil des B. G. B. §. 37, I, 2b,

ものと Staudinger Coing, a. a. O. § 182, 3 は、事前の代理権授与はこれから除く立場である。

なお一八二条以下の同意 Zustimmung に含まれるのは右の二つに留まらない。Enneccerus-Nipperdey の分類によると、(1) 監督権 Aussichtsrechts による同意。すなわち、制限無能力者の行為に必要な法定代理人の同意、法定代理人や制限無能力者によつて行われる行為に必要な後見裁判所の同意、および、後見人の行為に必要な後見監督人の同意等、(2) 代理における本人の同意(前述)、(3) 処分授權における権利者の同意(前述)、(4) 他人の権利あるいは利益に間接的に影響を与えるという理由で要求されるところの、その者の同意。この中には、第三者がその上に権利を有するところの自己の権利処分にはこの第三者の同意を要するとされる場合 (§ 867, 880—3, 1071, 1178—2 等)。また、前位相続人の一定の処分には、後位相続人の同意を要する場合 (§ 2113, 2120) がある。

もつとも、事前の代理権授与 (Bevollmächtigung) (及び制限無能力者の行為に対する法定代理人の同意) については、一六六条以下 (および一〇七条以下) で特別規定を設けている。しかしこの特別規定は、もし欠缺あるときは一八二条以下の一般規定によつて補充さるべきものであり、また逆に、事前の代理権授与に関する規定を事情に応じて、他の同意の場合に (従つて処分授權の場合にも) 準用さるべきもの——特に代理権の消滅、表見代理に関する規定は準用さるべきであるといわれている (Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 204, I, 4, II, 3; Staudinger-Coing, a. a. O. § 182, 9)。

なお第一草案一二七条は、現行民法典一八二条以下に相当するが、その草案理由書は「事前の代理権授与について定められている規定を、『事前の同意』Einwilligungに移すことは当然の事理である。」として、事前の同意を行為者とその相手方のいづれにもなしうるとする第一項及び、代理権消滅に関する規定を事前の同意に準用するとする第二項の立案理由を説明する (Motive, S. 246)。

以上に述べたような代理権と処分授權との関係からいつて、処分授權の具体的な法律関係を考察するにあつては

——そしてこれは次章以下で仮定的債務者の処分授權の概念を出発点として異議を留めぬ債務者の承諾や指図や手形小切手の再構成を試みる際にはその基礎となるはずである——その前提として代理に関する法律関係を処分授權に類推し、あるいは少なくともこれを参考にして処分授權の具体的法律関係を検討することが必要であろう。このことはとりわけ、代理制度がその有する実際的重要性のために、個々の詳細な法律関係についての豊富な(学説法・判例法のそれを含めて)規定を具備しているのに対し、処分授權においてはこれが充分でない、という事情によつて要求されるのである。

補説

i 代理と処分授權がその技術的構造において基本的に共通していることは、次の点にもあらわれている。すなわち、無権利者の処分のいわゆる追完 *Konvalenz* は、権利者の追認すなわち事後の処分授權によるほか、処分者の権利取得および処分者の相続によつてもなされるが——独逸民法一八五条二項は、権利者の追認とならべて「非権利者が為シタル処分ハ……処分ヲ為シタル者が目的ヲ取得シタルトキ、又ハ権利者が非権利者ヲ相続シ且ツ遺産債務ニ付キ無限責任ヲ負ウトキハ有効トス」と定める——この追認以外の方法による追完の規定は、無権代理の場合にも準用されるべきものと解されている。すなわち、無権代理人が処分の目的物を譲渡取得したり、本人を相続した場合、また本人が無権代理人を相続した場合、無権代理行為の追完が認められるとされる (*Lehmann, a. a. O., § 37; V. Tuh, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd I, 2, S. 374ff*)。我国でも学説判例上、同様な結果を認めている(大判昭和二年三月二二日集六卷一〇六頁のほか、相続による追完を認めた判例は少くない。譲渡取得による追完の判例として最判昭和三年六月一八日集一三卷六号七三三頁がある。なお、「判例演習総則篇」所収の前掲於保論文、及び於保「追完について」同「財産管理権論

序説」二七三頁以下参照）（なお追完●歴史については、後述六六頁以下で触れる）。

ii 処分授權と代理權の基本的に共通した性格は、これを包摂する類概念の構成へと導く必然性を示すであろう。於保教授の著名な著書「財産管理權論序説」に収められている諸論文は、まさにこの試みから出発しているといえよう。

教授はまず、代理權と授權（処分授權を中心とするが債權の取立授權等を含み、これより広い。授權概念については後述七九頁参照）を包摂する類概念として「管理權または管理權行使の讓渡」という概念を構成し、ついで、親權・後見・遺産管理・遺言の執行・不在者の財産管理・破産管財等の所謂法定管理も「法定管理人の管理權と財産主体の管理權の制限をもつて統一的に理解」しうるとともに、委任や事務管理をも「管理權概念をもつて把握しうる」とする。更に進んでかかる管理權概念の確立が要請される社会的基礎は「財産の主體的帰属と財産の管理とが分離し」その分化が普遍化するに至つたところにあるとし、最後に、法律行為構成要件論における、成立要件と有効要件——後者は管理權に関連する要件として統一しうる——の分化は、法律行為構成事件から管理權が分化する過程を示すものであると指摘する（於保前掲書一頁以下）。

右の如き、教授による管理權という統一的包括的な概念が、個々の制度に関する具体的な問題の解決に直接に役立つかどうか、その意味において一箇の法技術概念として、不可欠な概念といえるかは疑問の余地があるかも知れない（後述するように、ドイツでは一般的に「授權」*Ermächtigung* の概念すらが、これを認めるべきか否か争われており、肯定説が授權概念によつて包括的に把えようとしている個々の場合を、一八五条に定める無權利者の処分に対する同意の規定をこれに類推することによつて解決しうるのだから、この概念を認める必要はないとする説もかなり有力なようである。後述八〇頁参照）。しかし、この概念が学理上の基礎的概念として、民法の体系的把握とその歴史的展望にとつて極めて有意義であることは

疑の余地がなく、従つて、具体的な問題の解決が民法の体系的把握とその歴史的性格の顧慮を基礎としてなされねばならない限り、実際的にも有用な概念であるといわねばならないであろう（なお、本書には磯村教授の適切な紹介がある（季刊法律学二〇号九五頁以下））。

第三節 仮定的債務者の処分授權の概念のは認さるべき根拠——

隣接諸制度、諸概念との関連（外延的意味）

一 はじめに——叙述の順序

以上、仮定的債務者の処分授權の概念の構成要素について述べたが、この概念は前に触れたようにドイツでも未だ認められておらず（他の国でも同様だといつてよからう）、そもそも論議の対象とすらされていない。これは、無意識的にあれ、かかる概念が論理的に是認しえないとする暗黙の了解が存在するためだと見てよいであろう。そこで以下は、この概念が一個の法的概念としては認さるべき根拠を論じよう。

1 処分授權あるいは、包括的な「授權」の概念について論じたものは少くないが（例えば、於保「授權について」前掲書二七頁以下、Ludewig, *Ermächtigung nach bürgerlichen Recht* (1922) ; Krückmann, *Ermächtigung*, Acd 137, s. 169 (1933) ; Raape, *Zustimmung und Verfügung*, Acp 121 s. 257 (1923) ; Bettermann, *Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zur Lasten Dritter*, *Juristenzeitung* 1951, s. 321) 仮定的債務者の処分授權の概念について触れたものは見られない。

また（私見によればこの概念は指■、手形小切手、無記名債権等に見られる抗弁切断の法理の基礎原理を構成し我民法四六八条

一項の異議を留めざる譲渡の承諾に端的に表明されているものであるが）、しかし従来指図や手形小切手、無記名債権の基礎理論について多く論じられているにかかわらず、仮定的債務者の処分授權の概念に触れているものは全然見当たらない（従来の手形理論を説明したものとして、例えば田中耕「手形法小切手法概論」六二三頁以下、鈴木前掲書九一頁以下、野津「手形法変遷論」Stranz, Wechselgesetz, s. 36. 上柳「フランス手形理論の一考察」竹田先生古稀記念論文集四二一頁以下、Léon Juliot de la Morandière, Droit Commercial, II, § 91 参照。無記名債権の本質論については、Emnecerus-Lehmann, a. a. O., § 208; Larenz, a. a. O., s. 209 ff. 指図学説については前掲・伊沢「指図の本質」および本稿第四章二（六〇巻一号三八頁）参照。）

なお前述のように、債務者の異議を留めぬ承諾の制度は我民法独特の規定であつて独逸民法には存在せず、従つて独逸の通説は債権譲渡の際の債務者の承認に我民法のその如き効力を与えることなく、せいぜい譲渡の事実の単なる認識としての意義のほか、事情によつては無因の債務約束ないし債務承認（これは既存債務欠缺の場合、債務者に債務消滅請求権を与えるから債権譲受人の保護は充分でない。第一章四（五九巻三・四合併号六九頁）参照）もしくは抗弁権の放棄（債務者が抗弁権の存在を知つてなしたときのみ有効だからやはり譲受人の保護にとつて充分でない。同前号六八頁参照）を認めるにすぎない。そして勿論、これに関連して仮定的債務者の処分授權の概念に言及するものは見当らない（同前号五九頁以下参照）。しかしそこにも述べたように、すでにデルンブルヒは債務者の承認に我民法四六八条一項と同様な抗弁切断の効果を認めるべき異説を主張していたが（Denburg, Pandekten, II, § 51, Anm. 7）、独逸の判例にも（イ）債務者の承認に、表見法理に基き（つまり、譲受人が表示の正しさを信じ自らの行為をそれに従つて行うことに基き）債務者が義務を負わされる表示としての効力を認めうとする判例（Soergel, Gesetzbuch II, 8 Aufl. s. 975; RG, Warn. 36, 200）（ロ）債務者が譲渡の前に、譲渡を容易ならしめるために譲受人に与えたところの承認は、とりわけ商取引においては、譲渡人に対

して有した人的抗弁の放棄として看做せらるるとする判例 (RG, HRR 29, Nr. 1994) がある。

かかる、恐らくは取引の実情を考慮した判例の立場は、我民法四六八条一項と実質的に同じ効果を認めようとするものというべく、仮定的債務者の処分授權の概念を承認することによつて、その理論的基礎が与えられかつ、その論理的な構造の解明が可能となるであろう。

2 仮定的債務者の処分授權の概念が是認さるべき根拠を論ずるにあたつては、まず、この概念の否定へ導くように見える議論をとりあげて検討することがなされねばならない。二の「實際に存在せざる債権の売主の担保責任との関連」および五の「義務設定授權との関連」は、特にかかる意味をもつ。

さて、以下の叙述において、二から四までは、仮定的債務者の処分授權のうち、主として、譲渡後の授權ないし追認 (Genehmigung) を中心にその是認さるべき根拠を論じ、五および六は、主として譲渡前の授權ないし事前の同意 (Einwilligung) を中心にその是認さるべき根拠を論じる (そして、二から四までのところでは、追認以外の他の追完方法——独逸民法一八五条二項後段に対応するもの——も、追認とならんでとりあげられる)。しかし、いうまでもなく、追認と事前の同意とは仮定的債務者の処分授權の両面をなすものであって、両者は単に時間的な関係で差異があるにすぎず、一方が是認されるならば、他方も当然に是認さるべき関係にあるというべきである。その限りでは、両者をわけて仮定的債務者の処分授權の概念の根拠を論ずる意義は存しないといえる。

しかしながら、いつたい、実際には存在しない債権の譲渡における仮定的債務者の処分授權は、あたかも他人の権利の処分における権利者の処分授權と同じく (授權にうつつ Staudinger-Cong. a. a. O. Vorbem. zu §§ 164, VIII, I が触れているように)、一面では、授權者 (ここでは仮定的債務者) と被授權者 (処分者ないし譲渡人、ここでは仮定的債権の譲渡人)

の關係を中心に見た場合、他人の（つまり授權者の）財産關係に対する干涉權限の授与ないし財産管理權の授与としての意義を有するが、他面では、処分者ないし譲渡人と処分行為の相手方ないし譲受人との關係を中心に見た場合、処分ないし譲渡の有効要件としての意義を有し、換言せば、処分行為の相手方ないし譲受人の側が、權利を有効に取得しうるか否かの問題（広い意味での取引安全の問題）に関する（授權の問題がこの両面を有することは、於保前掲書特に二〇頁以下でも——財産管理權というより、一般化された形で扱われているのであるが——明らかに指摘されている）。そしてまさに、前者の側面は主として事前の処分授權をめぐつてあらわれ、後者の側面は主として事後の処分授權ないし追認をめぐつてあらわれる。

ところで、仮定的債務者の処分授權の是認さるべき根拠を論ずるにあつては、これに関連する既存の法制度や法理論との論理的な（あるいは機能的、歴史的な）関連を明らかにし、その間の論理的整合性を追求することが必要であることというまでもないが、かかる関連する他の制度や法理論は、具体的には、前述のように主に財産管理權の授与としての意義を含むところの、事前の処分授權に主として関連するものと、処分ないし譲渡の有効要件としての意義もしくは取引安全的意義を含むところの、事後の処分授權（追認）に主として関連するものとにわけられる。従つていちおう両者をわけて論ずることは問題の整理にとつて必要であらう。かようにして、仮定的債務者の処分授權の是認さるべき根拠を論ずる以下の叙述は、二つのグループにわけられ、二から四までは追認を中心とし五、六は事前の処分授權を中心として論ずることになる。

二 存在せざる債權の売主の担保責任との関連

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾（三）（安達）

1 わが民法における通説的解釈と仮定的債務者の処分授權の概念との対立

現在の我國の通説によれば、存在せざる債權を譲渡することを目的とする契約(売買贈与など)は、あたかも存在せざる物の譲渡を目的とする契約と同様に、客観的に不能な給付を目的とする契約として無効とされている(我妻、債權各論(中)二九一頁、鳩山、日本債權法各論(上)三一五頁、末弘、債權各論三八九頁等)。そしてその売主や贈与者に、所謂契約締結上の過失による責任を負わせ、信賴利益の賠償義務を負担させており、履行利益の賠償義務を認めない(我妻、前掲書四〇頁。なお、末弘前掲書一二一頁以下は、不法行為責任として扱うことによつて信賴利益の賠償義務を負わせる。鳩山「債權法における信義誠実の原則」、同「民法研究」第三卷九八頁以下もこれと同旨。なお北川「契約締結上の過失」、「契約法大系」(一)二二一頁以下参照)。従つてこの見解は、実際には存在しない債權の譲渡を目的とする契約を、他人に帰属する權利の譲渡を目的とする契約と全く別個の範疇として把えるものである。

いうまでもなく後者の契約は、前者のそれと異つて、いわゆる主観的不能(当事者にとつてのみ不能であり、客観的に、つまり、すべての人にとつて不能ではない)の給付を目的とする契約であつて、有効とされる。その結果、売主ないし贈与者は相手方に權利を取得させるべき債務を負う(日民五六〇条、五五一条一項参照)。そして——真実の權利者の処分授權——追認などによつて——相手方に權利を取得させることができないときは、いわゆる担保責任を負い、原則として、履行利益の賠償義務を負うとされる(もつとも売主と贈与者では要件に差異があり、また、賠償義務の範圍に関して争がないわけではない。それについては前掲の各著書および広中「債權各論講義」七六頁以下参照)。

通説のとるこの見解は、仮定的債務者の処分授權の概念を認めようとする私見の立場と真向から対立することになる。というのは、私見においては、あたかも、後者の契約の場合に真実の權利者の処分授權——追認によつて譲受人が

権利を取得しようとする全く同様な関係において、前者の契約の場合にも、債務者と想定された者の処分授權¹¹ 仮定的債権の譲渡に対する追認、によつて譲受人は、契約の際に存在すると想定された通りの債権を取得しうる（正確にいえば、追認をなす仮定的債務者の追認の範囲内で——例えば、一部についてのみ追認すればその一部分についてのみ——取得すること）を認め（なお、追認以外の方法による追完の可能性については後述六五頁参照）、従つて結局において、後者の契約と同様に前者の契約もまた、主観的不能の給付を目的とする契約として扱うべきことになる（そして、売主ないし贈与者が、約束した通りの債権を取得させることができないときは、後者の契約におけると同様な担保責任を負い、原則として履行利益の賠償義務を負ふべきことになる）からである。

2 ドイツの規定と仮定的債権の処分授權の概念

(イ) ドイツ民法においても、存在しない債権の譲渡を目的とする契約は、存在しない物の譲渡を目的とする契約と同じく、原始的に不能な給付を目的とする契約と解されており（Enneccerus-Lehman, II § 29, I, D）、他人に帰属する権利の譲渡を目的とする契約が主観的不能（Unvermögen）の給付を目的とする契約として扱われているのと区別されている。しかしながらドイツ民法においては、四三七条において「債権其他ノ権利ノ売主ハカカル権利ノ有効ナル存在（die rechtliche Bestand）ヲ担保ス。有価証券ノ売主ハ証券が無効宣告ノ為メニ公示催告ノ為サレザルコトヲモ担保ス」と定めており、そしてこの規定は一定の限度において贈与にも準用されている（独民五二三条。なお後述のように、フランス、スイス、イタリー等大多数の立法例が同趣旨の規定をおいている）。この規定を検討するならば、存在せざる債権の譲渡を目的とする契約を単純に原始的不能の契約と見るドイツの通説的な立場に疑問が抱かれてくるであろう。

(ロ) まず、右の規定に関するドイツの通説的解釈を紹介すれば（Oertmann, a. a. O. § 437, I, Enneccerus-Lehmann, a. a.

O. § 106, I, 4. Larenz, a. a. O II, § 41, D'

(a) この規定の結果、存在せざる物の売買の場合と異り、存在せざる債権の売買は無効とならず、むしろ完全に有効であり、従つて、「不能ノ給付ヲ目的トスル契約ハ無効トス」と定める独民法三〇六条の一般的規定は排除される(R. G. V vom 3. IV. 1909)。

(b) 売買は、売買の当時における債権の不存在について(債権がそもそも成立していなかった場合だと、一旦成立した後消滅したをとわず)責を負う。したがつて売買の当時その債権に取消原因がある以上、後に取消された場合にも(取消の効力は遡及するから)売主は同条による責を負う。

(c) 売主は、完全な履行利益の賠償義務を負う。しかし賠償の範囲は、常にその債権の額面高と一致するわけではない。それはまず「その債権が有効に存在したと仮定した場合に諸事情を考慮して——特に債務者の資力の程度を考慮した上で——その債権が譲渡の当時有したであろう価格」(Protokoll, s. 670)と一致する。これに更に、買主が無益に支出した訴追費用や失つた利益をも付け加えるべきであろう。

(d) その債権がその性質上そもそも成立の不可能の場合には(すでに滅失している特定物の譲渡を求める債権、公序良俗に反する給付を求める債権、はその例となろう)、判例及び支配的学説は同条を適用せず、原始的不能に関する一般規定たる三〇六条を適用すべきである(契約は無効となり、その結果売主は三〇七条に定める契約締結上の過失による責任を負うことになる)と解している(RG. 68, 293; 90, 244; 92, 76; 112, 46)。

なお、フランスでも、右に紹介したドイツの解釈と全く異ならない解釈がなされている(Planiol-Ripert, Traité Pratique de Droit Civil Français, VII, 1132)。

(v) 以上によつて、存在しない債権の譲渡を目的とする契約が、一方で原始的に客観的に客観的不能な給付を目的とする契約とされ、従つてそれからの当然の帰結として、売主には、他人に帰属する権利の売主の場合と異つて、買主に権利を取得させる義務 (die Rechtsverpflichtung) を負わないとされるにもかかわらず、他方でその具体的な効果においては (上述の買主に権利を取得させる義務の有無を除いては)、他人に属する権利 (特に債権) の譲渡を目的とする契約のそれと全くパラレルな関係にある (後者におけると同じく、履行利益の賠償義務を生ずる) ことが明らかであろう (なお(d)の点については後述五八頁参照)。

ところで、右のドイツ民法の規定が設けられた根拠についてドイツの学者の議論を見ると、まずエルトマンは、四三七条の規定が三〇六条の例外規定となるのは「法律政策上の根拠によつてのみ説明しえ、論理的根拠によつては説明されない。何故なら、存在せざる債権は給付されないのであり、譲渡人にとつて給付は不可能である。債権が後に発生した時でも、その債権は譲渡された債権ではない。というのは、債権はその発生原因によつて個別化されるからである」という (Oertmann, a. a. O. § 437, 1. a)。

またエンネクツエルス・レーマンは「四三七条の責任は、黙示の担保契約の推測に基く」(Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 106, 1. a)と説明するのに対し、ラレンツは「その根拠づけは困難である。……黙示の担保契約に根拠を求めるのでは不十分である。というのは、何故に法は債権の売買に黙示の担保契約を認めるかということが問題だからである。唯一の答えは恐らく、買主は——債権は有体物と異つて目で見えない観念的なものであるために——その債権は存在するという売主の保証に頼らざるをえないことがより大であり、それだけにより多くの危険に曝されている。だから、法は買主をより多く保護すべきだと考えたということであろう」(Larenz, a. a. O. II, s. 90) という。

(二) かようにドイツの学説は、四三七条の根拠の説明に苦しみ、結局、政策的な考慮ないし具体的妥当性の考慮によつて辛うじて説明しているのであるが、しかし私見のように仮定的債務者の処分授權の概念を認め、存在しない債権の譲渡を目的とする契約を、他人に帰属する権利の譲渡を目的とする契約と同じく主観的不能の契約と解するならば(従つてまた、存在しない債権の売主は、買主に対して約束通りの債権を取得させる義務を負うことになる)と解す、右の規定の存在は論理的必然性をもつて説明しうることになる。

なお、いうまでもなく私見によれば、仮定的債務者の処分授權は追認の結果、買主はあたかも売買契約の際に存在する想定された通りの債権を取得することになるのであるから、右の両債権(売買の際存在すると想定された債権と、買主が取得した債権)の間には実質的に同一性があると認めうべく、従つて前掲エルトマンの論法をもつてなされるかも知れない批判——後者の債権は、当事者の債権譲渡行為に債務者の処分授權が加わつて成立した債権だから、前者の債権とその発生原因が異り両者の間に同一性はないとする批判——は不必要に形式に拘わる議論として無視して差支えないであらう。

かくして独逸民法四三七条は、存在せざる債権の譲渡を目的とする契約を、(通説の説く所と異つて)他人に帰属する権利の譲渡を目的とする契約と同じく主観的不能の契約と見る見解に、よりよく適合するものであり、従つて同条は、仮定的債務者の処分授權の概念を暗黙の前提とする規定だと解することが、むしろ自然だといえよう。のみならず、かく解することによつてのみ、同条の解釈に関する前述(d)の点を理論的に明確に基礎づけることができるであらう。というのは、譲渡の対象であるところの現に存在せざる債権が、そもそも性質上成立の不可能な場合には、仮定的債務者の処分授權がなされるも、譲受人は債権を取得しえないのは当然であり、従つて、かかる場合には客観的に原始的不能の契約として無効と解すべきことになるからである。

3 私見による我民法の解釈

我民法には独逸民法四三七条に相当する規定はないが、前述のように仏民法（一六九三条）スイス債務法（一七一条一項）その他大多數の立法例はこれと同旨の規定をおいている。そして我旧民法においてもそうであつた（旧民法財産取得篇六八条一項は「債権ノ売主ハ当然自己ノ債権ノ存立及び其効力ノ担保ノ責ニ任ズ」と定めた）。

現行民法典ではなぜこれに相当する規定を設けなかつたか。法典調査会議事速記録によれば、起草者は、旧民法同条の規定は特に規定するまでもなく当然のことだから、規定しなかつたと説明している。

すなわち、法典調査会議事録三〇巻四七頁以下によれば、起草担当者であつた梅博士は「（旧民法六八条一項の規定は）是ハ外国ニモ至ツテ例ノ多イコトデアツテ、仏蘭西、和蘭、伊多利、葡萄牙、瑞西、ヴヤー、モンテネグロ、西班牙、白耳義民法草案、独逸民法草案ナドニ皆アリマスガ、併シ是ハ、此前ニ既ニ議決ニナツタ所ノ第五六二条（現行五六一条）ノ原則デアルカラシテ不用デアロウト思ヒマス……」と説明している。

もつともこれにつづいて、債権の全く存しないときは契約が無効となるはずだから、旧民法の右の規定は「理論ニ於イテ穩カデナイ」から規定しなかつたと述べ、前段の説明に明らかに矛盾する説明がされている。詳細は、「契約法大系Ⅱ」所収、拙稿「債権の売買」同書二三四頁以下を参照。

そして、古くは起草者の右の前段の見解に従い、独民法その他の立法例の規定の趣旨を我民法の解釈に採り入れる学説も少くはなかつた（例えば土方・民法講義、岡松・民法理由債権篇）。しかし現在では殆ど顧みられることなく、通説は、存在せざる債権の売買を原始的に客観的不能な契約として無効と解していることは前述した通りである。（これは、系譜的には、前述起草者の右の後段の見解をうけつぐものといえよう。）

我民法の解釈として、独民法四三七条その他多くの外国立法例のごとき解釈をとり入れることは、第一に、右に見

たごとき立法の沿革からいつて必ずしも無理とはいえない。第二に、具体的な利益考量の点からいつて必要である(前述のドイツにおける同四三七条の根拠に関する議論を参照のこと)。のみならず、第三に、「理論的に困難」(右引用文後段参照)でないどころか、むしろ法規の論理的整合性の上から要求されることであるといわなければならない。というのは、特に我民法は独仏等の他の立法例と異り、債権譲渡における債務者の異議なき承諾の制度を設けており、この制度をいかに理論構成するかにかかわらず(つまり、私見のように仮定的債務者の処分授權を定めた規定と見れば勿論だが、通説の所謂公信説をとった場合においても)債務者の異議を留めぬ譲渡の承諾の結果、実際には存在せぬ債権の買主は、あたかも存在せる債権の買主の場合と同じく債権を取得しうることになるはずであり、その限りにおいて、実際に存在せぬ債権の売買を原始的に客観的不能の契約と解するのは正当でなく、従つて、あたかも他人に属する権利の売主と同じ担保責任を売主に負わせるのが当然といわねばならないからである。

以上要するに、我民法においては独逸民法四三七条に相当する規定はないけれども、同条の趣旨は解釈上認めなければならず(これを否定する通説の見解は納得しがたい)、従つて独逸民法四三七条に関して述べたことは我民法にも妥当すべきである。

補説

1 我民法と独逸民法の関係を要約せば、独逸民法では我民法四六八条一項の債務者の異議なき承諾の規定はないけれども、独逸民法四三七条が暗黙に前提するものとして解釈上これを(従つて私見によれば仮定的債務者の処分授權の概念を)承認すべきであり、逆に我民法には独逸民法四三七条に相当する規定はないが、我民法四六八条一項との論理的整合法の要求からしても解釈上これを是認すべきことになる。

2 原始的に客観的不能の給付を目的とする契約は無効だとする従来の通説に対し、最近、一定の場合にはこれを有効と解して売主に履行利益の賠償義務を負わしむべしとする見解が有力に主張されている(例えば、磯村「債権法各論講義案」三一頁以下、戒能「債権各論」六〇頁、広中前掲書八〇頁)。しかしこの説をとるとらないとは、前述した所に何等根本的な影響を与えない。

三 将来の権利の処分との関連

1 問題の所在

実際には存在しない債権の譲渡と他人に帰属する権利(債権を含む)の譲渡をパラレルな関係においてとらえようとする私見の立場に対しては、譲渡の対象がそもそも存在しない前者と、これが一応存在する後者とを同一に扱えないとの反論が予想されよう。ところで、実際には存在しない債権の譲渡と、将来の債権の譲渡(一般的には将来の権利の処分)とは、いずれも、処分の対象が存在しないという点で共通した性質を有する。従つて、将来の権利の処分に關する法理論を検討することは、実際には存在しない債権の譲渡の性質を明らかにする手がかりを与え、これを前提とするところの、仮定的債務者の処分授權の概念を是認するための根拠を提供することになるであろう。

2 将来の権利(債権)の処分に關する法律關係

ドイツ法上、将来の権利の処分が認められるかについてかつては争があつたが、現在では学説判例ともこれを認めている。我国でも判例、学説上認められている(於保「債権総論」二七四頁、鳩山「日本債権総論三三八頁」等)。

その根拠を論ずる前提として、将来の債権の譲渡に關し、その具体的な要件、効果についてのラレンツの所説を紹介しておこう(Larenz, a. a. O. Bd I, s. 327 以下, Enneccerus-Lehmann, a. a. O. § 78, III, 3, の所説もこれと殆ど異らない)。

将来の債権——例えば将来の賃料債権あるいは第三者との間に存在する取引関係から生ずべき債権——の譲渡は可能であり (RGZ 136, 120; BGHZ 19, 16; 26, 188) かつ実際上も屢々見られる。その際必要なことは、単に、譲渡の対象となつてゐる債権が明瞭に識別されていて、将来それが現実には発生したときに、疑もなく特定され (bestimmt) するほどになつてゐることである。(例えば、譲渡人によつて意図されてゐるところの、いくつかの土地の売却から生ずべき債権を、五万マルクの額まで譲渡するというのでは——譲渡人が多数の土地を売却した場合に——どの債権が譲渡の対象となつてゐるかが明らかにされてゐるとはいえない)。RGZ. 92, 239; 142, 142; 155, 26) 「取引上生ずべき将来のすべての債権」の譲渡は、経済活動の自由を極度に制限するものであり、原則として善良の風俗に反するものとして無効となる (BGHZ 30, 149; BGH, JZ 60, 319)。

将来の債権の譲渡は、当初には処分の対象が存在しないのだから、その債権が譲渡人に発生したときにはじめて効力を生ずる。譲受人は債権を直接にはなく、譲渡人の権利承継人として取得する (これについては異説もある)。従つて、債務者は債権発生の当時譲渡人に対抗しえたすべての抗弁 (例えば相殺の抗弁) をもつて譲受人に対抗しうる。

3 将来の権利 (債権) の処分が認められる根拠

つぎに将来の債権の譲渡が認められる根拠を検討しよう。(この問題については、鳩山「未発生権利の放棄を論ず」、同「民法研究第一巻」四九九頁以下および於保「将来の権利の処分」前掲書二八一頁以下で詳細に論じられてゐる。)

(4) かつては将来の権利の処分を否定する説があつたが、その代表的な Ebers の所説によれば、「既存の権利は其他人に属する場合に於ても尚之を処分することを得るが故に、権利者に非ざれば権利の処分を為す能はずというは誤謬なり、例えば権利者に非ざる者も権利者の同意を得て之を処分することを得べく、又此の如き同意なき場合に於て

も法律が特に他人の権利の処分権を認むることあり。然れども、無を譲渡し処分するというは無意義なり。故に有効なる処分行為の成立せんがためには其処分行為の目的が存在することを要す」(以上は鳩山論文の訳による。Eccius, zur Frage der Abtreuung künftiger Forderungen, in DJZ 1904, 53) また「処分がなされるべき目的(物又は権利)が処分の当時存在すること——つまり、処分によつて欲せられた権利の変動が処分時に可能であること——が有効な処分の本質である。存在しない目的に対してなされる処分は、他人に属する権利の処分の場合の如き効力を得ることはできない」(Eccius, Wesen der Verfügung des B. G. B, in Beiträge zur Erläuterung des deutschen Recht, 48, 465) と云ふ。

(四) これに対して、肯定説がその根拠とする所は

(a) まず——これを肯定すべき實際生活上の必要があるという理由は別として——独逸民法一八五条二項からの類推である。エンネクツエルス・レーマンは「一八五条二項は将来の債権の譲渡の有効性を立証する根拠となる。他人の権利の処分が、処分者がその権利を後に取得したとき有効となるのならば、将来の債権を予め処分することもなしえなければならない。自分が他人の貸金債権を——自分がそれを後に取得する場合のために——処分しうるのに、自分自身の貸附によつて将来生ずべき債権を処分しえないなどということは全く理解しえないことである。」という(Lahnecerus-Lehmann, a. a. O. § 78, III, 3)。またトゥールモ「一八五条二項によつて他人の債権の譲渡が追完されるのに、何故に将来の債権の譲渡についてはそれが不可能なのか何等の根拠も見出しえない。というのは、両者の場合、譲渡人の処分は、当初、そもそも処分が効力を及ぼすべき対象をもたない。対象がそもそもまだ存在しないか、それとも譲渡人の処分権能の外にあるかは、事前の処分(antizipierten Verfügung)という観念にとつてどちらでもよいことのように思われる。立法者は事前の処分がある場合には是認するのに、何故に他の場合には認めるべきでないといえるの

か。』(v. Tuhr "Verfügung über künftige Forderungen" in DJZ, 1904, S. 426) 云々。

(b) 更に、かかる一八五条二項の類推を可能とする理論的根拠として、法律行為の成立要件と効力発生要件を区別すべきことが主張されている。すなわち、法律行為(債権譲渡等の処分行為を含む)の成立要件例えば当事者の能力などは、法律行為締結時に存することを要するが、その効力が後に発生すべき場合には、法律行為の効力発生要件は法律行為締結時に存することを要せず、効力発生の時に存するをもつて足る。而して債権の存在は、あたかも債権が譲渡人に帰属することと同じく譲渡契約の効力発生要件であるから、譲渡契約締結時に債権が存在することを要しないとされている(鳩山前掲書五一〇頁、於保前掲書二九四頁、石坂前掲書第四卷一一九一頁。Eunecerus-Lehmann, a. a. O., § 78, III, 3 Staudinger-Coing, Kommentar zum B. G. B., Bd I, Lieferung 3, S. 530)。

なお、於保教授は、法律要件論における財産管理権の位置を究明するという問題意識からこの問題を更に深くほりさげて次のように説かれる。「処分の物体は、処分行為の構成要素をなすことなく、また処分の効果発生のためには、実在することを要することなく、ただ処分効果帰属のためにのみ実在していることが必要なのであつてしたが、つて目的物が一般にまだ存在していないか、或は譲渡人の処分権の外にあるかということとは先行処分にとつては同じことである、という v. Tuhr の見解は正当であるといわねばならない。……処分行為にとつては、処分の物体の存否は、当面の問題とはならない。現存の権利はもちろん、他人の権利、将来の権利についても、有効に処分行為をなしう」と(於保前掲書三〇三頁、傍点は引用者)。(なお、後述八九頁参照)

4 仮定的債務者の処分授權の概念との関係

以上によつて、他人に属する権利の処分と将来の権利(債権)の処分とは共通な性質を有しており、追完の方法こ

そ多少の差異はあれ、いずれも追完されて完全な効力を生じうるものとされていることが明らかである。

しかして、将来の債権の譲渡と、実際には存在せぬ債権の譲渡とは、いずれも処分の対象が存在しないという点で共通しているのだから、右に検討した将来の権利の処分に關する理論は、実際には存在せぬ債権の譲渡についても妥当するはずである。従つて、実際には存在せぬ債権の譲渡も、将来の債権の譲渡と同じく——そしてまた他人の権利の譲渡と同じく——有効に成立しうるはずであり、あたかも将来の債権の譲渡が債権の現実の發生という事實によつて追完され、完全な効力を生ずるに至ると同様に——そして他人の権利の譲渡が権利者の処分授權に追認および譲渡人の権利取得等によつて追完されると同様に——実際には存在せぬ債権の譲渡も、一定の事實によつて追完され完全な効力を生ずるに至ると解してよいであろう。そしてこの場合の追完の方法に相当するものが(正確にいえば、次段の説明との關係からいつて、そのうちの一個が)私見による仮定的債務者の処分授權に追認なのである。

なお、債務者の処分授權に追認による追完のほかに、更に(4)他人の権利の処分について一八五条二項後段で定める「処分ヲ為シタル者が目的ヲ取得シタルトキ」に相当する追完方法——従つてまた、将来の権利の譲渡における、現実の権利の取得という追完方法に対応するそれ——として、実際には存在しない債権の譲渡の後で、仮定された債務者と譲渡人との間に、譲渡された仮定的債権と全く同じ内容の債権を現実に生じさせる旨の契約がなされた場合を認めてよいと思う。(4)同じく一八五条二項後段に定める「権利者が無権利者を相続」した場合に対応する追完方法として、実際には存在せぬ債権の譲渡における仮定された債務者が譲渡人を相続したとき(および、譲渡人が仮定的債務者を相続したとき)、も追完されると解してよいと考える。

以上によつて、仮定的債務者の処分授權の概念が、将来の権利(債権)の処分に關する法理と矛盾することなく、む

しるは認さるべき根拠がそれによつて与えられているといえるであらう。

四 善意取得との関連

1 問題の所在

実際には存在しない債権の譲渡における債務者の処分授權＝追認、および前述したときその他の追完方法を認めることは、機能的に考察した場合、債権取引における取引安全の要請に合致するものとして是認しうるということまでもあるまい。それはあたかも、独民法一八五条で定める、他人の権利の譲渡についての処分授權＝追認、およびその他の追完方法が取引安全の機能を有すると同様の機能を果たしうるからである。

ところで、他人の権利の譲渡においては、一八五条で定める追完とならんで、いわゆる善意取得の制度があり、両者は一定の関連を有しつつ相補つて取引安全の機能を果たしているといえる。これと共通した関係が、もし、実際には存在せぬ債権の譲渡においても見出されるならば、それは、仮定的債務者の処分授權の概念を他人の権利の処分における処分授權とパラレルなものとして把えようとする私見の立場が是認されるための一つの根拠となるであらう。少くともこの問題の検討は、仮定的債務者の処分授權の概念の一面面を明らかにすることに役立つであらう。

2 追完（追認をふくむ）と善意取得の歴史的考察

他人の権利の処分における追完と善意取得の関連を明らかにする前提として、まず両者の歴史的な発展過程を簡単に述べておこう。

(1) 追完（追認をふくむ）の歴史

i 追完のうち権利者の追認。処分授權については本章二節二(3)で述べたように、ローマ法ですでに認められていた原則をほぼそのまま——もつとも前述のように要件を多少緩和して——ドイツ民法一八五条二項前段にひきつがれたものである。

ii しかし処分者の権利取得による追完および権利者が処分者を相続することによる追完（一八五条二項後段）については、ローマ法からドイツ民法に至るまでに重要な変化をとげた（以下主として田島「非権利者の処分と其追完」法学論叢三二巻二四三頁以下および Windscheid, Pandekten, Bd I, S. 359 ff. による。なお於保「追完について」前掲書二四三頁以下参照）。

すなわち、右の規定の前身をなすのは、ローマ法上の衡平法たる法務官法によつて、*exceptio doli*（悪意の抗弁）から分化して創り出されたところの *exceptio rei venditae et traditae* であるといわれるが、この抗弁が適用される重要な場合として、(a)他人の物の売買における *traditio*（所有権譲渡行為たる引渡）において、売主が後にその所有権を取得した場合、(b)引渡した売主が所有者によつて相続せられ、相続人被相続人の財産が合一に帰した場合、(c)所有者が物の売却を委任しながら引渡については授權の欠缺ある場合、(d)及び自己の物の売買についても、引渡はないが（従つて所有権は移転しないが）売主の意思により買主が占有を取得したとき、があつたが、以上の各場合において、所有者が買主に対し *rei vindicatio*（所有権取戻訴権）をもつて返還を請求するのに対し、買主は抗弁たる *exceptio rei venditae et traditae* をもつて対抗し、返還を拒みえた。しかしこの抗弁の成立要件としては(a)原因行為たる売買が有効に成立していることと(b)譲渡行為に際し買主が善意すなわち譲渡行為の瑕疵を知らざりしこと、が要求された。

以上によりこの抗弁が——他人の権利の譲渡における権利者の追認。処分授權とならんで——買主を保護し動的な

取引安全のために利用されたことは明らかであるが、しかしこれはあくまで抗弁にすぎず、買主は所有権を取得したのではなく、従つて占有を喪失すればこの抗弁の援用をなしえなかつた。この抗弁を実体法上の、無効な処分行為の追完にまで高め、取得者に実体法上の権利の取得を認めるに至つたのは、極めて最近の発達によるものであり、恐らくプロイセンの普通国法典を最初とする、そしてこの段階では権利者の追認¹¹処分授權の場合と同じく、取得者の善意も要求されなくなつた。しかし、追完の認められる処分行為としては、所有権の譲渡と質入のみを認めた。

ドイツ民法典はこの制限を除き、あらゆる処分行為についてこれを認めつつうけつたのである(一八五条二項後段)。なお、第一草案では、右の i および ii の追完を、個々の三〇九、三一〇条(債権譲渡の場合)、八三〇条(不動産物権の譲渡、設定の場合)、八七六条(動産所有権譲渡の場合)に定めていた。しかし第二草案以後は、「(右の各規定の基礎には)他の明示的に規定されていない場合にも適用さるべき一般的原则がある。この原則を一般的な規定で明示することは、三一〇条等の類推適用を否定する見解を排斥するために望まし¹²」(Protokoll, S. 361)という理由から現行一八五条二項の一般的な規定が設けられ、個別的な規定は廃止されるに至つた。

iii かようにローマ法から現行一八五条二項への過程においては、——特に ii の場合について顕著だが——追完の効果は強められ、その要件は緩和されてきたといえる。

(iv) 善意取得の歴史

動産について善意取得の歴史を見ると(以下、Eunecerus-Wolf-Raiser, *Lehrbuch des BGB, Sachenrecht*, § 68, I 以下)。

なお、川島「所有権法の理論」二八二頁以下、原田「日本民法典の史的素描」九九頁以下参照)。

(a) ローマ法によれば、無権利者から権利を取得した者は所有権を取得しなかつた。譲渡人を無過失で所有者と誤

信しても譲受人は保護されなかつた。ただ一年の善意取得時効制度によつてのみ保護された。

(b) 中世ゲルマン法においても、占有者が自己の意思によらずして占有を失つた物——特に盗品遺失物——については同じ原則が妥当し、所有者は、いかなる第三者からも返還を請求しえた。これに反し、物が自由意思によつて占有を離れたとき——例えば賃貸、受託、質入がなされたとき——には、契約の相手方からのみ返還を請求しえた (Hand waire Hand の原則)。第三取得者は、たしかに所有権を取得しはしなかつたが、追奪されえない占有権を取得したのである。

(c) ローマ法継受以来ローマ法の原則が普通法となり一九〇〇年 (ドイツ民法典の制定) までそうであつた。しかし多くの邦法 (Landrecht) においては、ゲルマン法の原則を維持したがその際大抵は二つの修正を伴つた。

i ローマ法の善意取得時効の影響のもとに、第三取得者の保護はその善意を要件とするに至つた。

ii 取得者の占有が単に追奪されえないにとどまらず、所有権の取得にまで高められた (即時取得)。

なお、右の修正は、自らの意思にもとづいて占有の離れた物の場合に妥當することというまでもなく、自らの意思によらずして占有を失つた物については、——ゲルマン法上の原則の通りに——あらゆる第三者から返還請求できた。

そしてドイツ民法典は基本的に、かかる修正されたゲルマン法をうけつぐことになつた。

なお、プロイセンおよびザクセンの邦法には、特殊な法発展が見られた。いつたい、多くの中世法においては、盗品を公けの市場で買つた者は、それを被害者に返還する義務を負つたが、しかし、売主に支払つた代金の償還を請求することができた。フランス法においてはこの解釈が今日なお生きている。そしてここでは、市場における買入のみでなく、公けの競売及び其の物と同種の物を販売する商人からの取得についてもそうである。プロイセンの邦法は、一方でローマ法に従つて、意思に反して占有を失つた物及び意思によつて失つた物のいずれの場合にも、取得者がたとえ善意であつてもこれに対する所有物取戻

訴権を認めたのであるが、しかし取得者の善意のときには、右の買入代金の償還請求権を認めた。ドイツ民法典にはかかる償還請求権は存しない。

以上のように近代法の善意取得の制度は、形の上では、ローマ法とゲルマン法の融合、もしくは(ドイツ普通法から独逸民法典への発展として見た場合)ローマ法に対するゲルマン法の復活という形をとっているが、しかし実質的には、これらの制度を、近代の取引生活上要求される狭義の取引安全もしくは権利の外観に対する譲受人の信頼保護の要請に適合させる方向へ純化し、再構成したものであり、(そのさい——ローマ法、ゲルマン法の制度が、すべての物的支配権を何らかの形で物に対する現実的支配と結びつけるところのゲヴェーレの体系を基礎とするものであるのに対し——近代法の善意取得制度は、物に対する現実的支配と結びつかない觀念的な近代的所有権を前提とすることが指摘されねばならない。川島前掲書および川島「民法I」一七八頁以下はこのことを明らかにする)かかる基礎的な前提に立脚しつつ真実の権利者と取得者との利害を調整する考慮から、一方で要件をより厳格にして、取得者の善意および真実の所有者の自由意思による占有の離脱を要件としつつ、他方その効果をより強めて、取得者は権利を即時取得(かつ無条件取得)するものとしているといえよう。

(ハ) 右の両制度の歴史的発展の過程において、それぞれが相互にいかなる影響を及ぼしたかを具体的に指摘することは困難である。しかし、上述したところから、両者の間に次第に機能の分化が行なわれ、一方が権利の外観に対する信頼保護を目的とする善意取得者の保護の制度に純化する過程と対応しつつ、他方はこれを補完して、取得者の善意悪意にかかわりないより、一般的な他人の権利の取得者の保護の制度として整備されていった、という関係を推測することができるであろう。

3 現行法における両制度の関連

現行法における両制度の関連を検討しよう。

両者の間の重要な差異を列挙すれば（以下の(a)―(c)は主に田島前掲論文による）、

(a) 独民法一八五条の追完は取得者の善意を要求しないが、善意取得は取得者の善意を要求する（独民法九三二条は善意、重過失なきことを、日民一九二条は善意無過失を要求する）。

(b) 追完は、目的物が盗品遺失品であつても構わない。しかし動産の善意取得においてはそうでない（独民法九三五条、日民一九三条）。

(c) 引渡行為の要件についても、動産の善意取得の場合は、現実の引渡に代る方法としての意思表示による占有移転（つまり、占有改定および引渡請求権の譲渡による占有移転）の際には現実の占有取得を必要とする（占有改定の場合は全面的に然り。独民法九三三条は「第九三〇条（占有改定）ニ従ヒ譲渡セラレタル物ガ所有者ニ属セザル場合ニ於テ物ガ譲渡人ヨリ引渡サレタルトキハ、取得者ハ所有権ヲ取得ス。但シ、取得者ガ其取得ノ当時善意ナラザリシトキハ此限ニ在ラズ」とする。引渡請求権の譲渡による占有移転のときは、一定の場合に限つて然り。即ち九三四条は「……譲渡人ガ其ノ間接占有者ナリシトキハ請求権ノ譲渡ニ因リテ所有権ヲ取得ス。其他ノ場合ニ於テハ物ノ占有ヲ第三者ヨリ取得シタルトキニ所有権ヲ取得ス。但シ、請求権譲渡ノ当時又ハ占有取得ノ当時取得者ガ善意ナラザリシトキハ此限ニアラズ」と定める）。しかし一八五条の追完の場合には（その前提たる、他人の所有する動産の所有権譲渡における独逸民法上の要件たる引渡（独民法九二九条）について）、右の如き要件を必要とせず、意思表示による占有移転で足りる。

なお、我民法上も、善意取得の要件たる占有引渡については、特に占有改定によるそれについては、特別の明文の規定はな

いが、解釈上独民法と同様に扱うのが判例及び多数学説である(我妻「物権法」一三七頁以下、舟橋「物権法」二四四頁以下)。それに反し、追完の場合の引渡については、物権変動における意思主義を採用する我民法では、独逸民法と異つて、そもそも引渡は所有権譲渡行為の成立要件とされず、意思表示のみで足りる。

(d) 一八五条の追完が、動産のほか不動産、債権、その他、あらゆる権利の処分について認められることというまでもない。しかし善意取得の認められる権利は、制限的であり、ドイツにおいても我国においても指名債權譲渡については認められず、また、不動産物権の善意取得も——ドイツ民法はプロイセン普通国法典をうけついで登記簿に公信力を与えてこれを認めるが——我民法ではこれを認めない。これら善意取得の認められない権利については、追完が取得者保護のために果す意義がそれだけ大となるこというまでもなからう。

(e) 一八五条の追完はあらゆる処分行為について(従つて他人の権利の放棄、他人の債権の免除にも)認められるが、善意取得は処分行為のうち譲渡質入等の極めて制限された処分に限られる。

(f) 以上は、両制度の要件における差異を述べたが、効果の点については、両者は大体において共通しているといつてよいだろう。

ドイツ法上善意取得は必ずしも原始取得と解されておらず、特殊な承継取得として解されている(「善意取得によつて従来の権利が消滅し新たな権利が発生するのではない」「取得者は従来の権利に入りこむ」と説明されている。Enneccerus-Woll-Raiser, a. a. O., § 46, II, 3, § 69, IV)。我民法でも同様に解すべきものと考える(しかし通説は原始取得だという。我妻前掲書一三九頁、舟橋前掲書二四八頁、川島前掲書一七九頁参照。もつとも、原始取得ないし承継取得の概念規定如何の問題だともいえる。善意取得が典型的な原始取得ないし承継取得のいづれでもなく中間的な性質を有し、その両面を有すると説明した方が正確

かも知れない。いづれにせよ善意取得と承継取得との基本的に共通した側面——譲渡の、当事者間では有効に成立する譲渡行為が善意取得の要件である——を見落してはならない。

一八五条の追完の場合も、善意取得の場合と同様な意味において特殊な承継取得といつてよい。善意取得の効果を説明して「無権利者に対して第三者の利益のために他人の権利を処分する資格 (Legitimation) ないし権限 (Macht) を与えたものである」(Eunecerus-Wolf-Raiser, a. a. O § 46, II, 3) といわれるのは、善意取得の効果と追完特に処分授權 = 追認の効果をパラレルに扱わんとする趣旨であろう (なお、クリュクマンは更に善意取得を法定処分授權 gesetzliche Ermächtigung として説明している。Krückmann, Ermächtigung in ACP, Bd 17, S. 169)。

(g) 善意取得の効果に関連する規定として独民法八一六条は「非権利者ガ或目的ニ付キ権利者ニ対シテハ有効ナル処分ヲ為シタルトキハ、其物ハ其処分ニヨリテ取得シタル利益ヲ権利者ニ返還スル義務ヲ負ウ。処分ヲ無償ニテ為シタルトキハ其処分ニ因リテ直接ニ法律上ノ利益ヲ享ケタル者ハ之ト同一ノ義務ヲ負ウ」と定めるが、ドイツの判例及び多数の学説は、右の規定は、善意取得の場合についてのみならず、一八五条の追完とりわけ権利者の追認による追完の場合にも適用されるとする (Eunecerus-Lehmann, a. a. O, § 225 I, 3, Larenz, a. a. O, II, S. 333 なお、右規定の前段が、権利者の追認の場合に適用されるかに議論は集中している)。もつとも我民法には右に相当する明文の規定はなく、解釈上善意取得の際にこれを取り入れるべきか否かがそもそも争われている (松坂「事務管理、不当所得」二六頁、七三頁、舟橋前掲書、二四八頁。これについては次章で詳細に検討されるであろう)。

以上要するに、両制度における効果は大体に同じであるが、その要件は、一八五条の追完のそれは緩やかでありその適用範囲は広いのに対し、善意取得のそれは厳格でありその適用範囲は極めて制限的である。かくて両者は、いず

れも他人の権利の譲受人を保護し、広い意味での取引完全のための制度であるけれども、その際、前者は、要件の厳格な後者を補完し、後者の成立しうる要件の存しない場合に、これに代る機能を果たすといえよう。

4 実際には存在しない債権の譲渡における追完と善意取得

以上検討したところの、他人の権利の処分における善意取得と一八五条二項の追認、ないし追完との関連に相当する関係は、実際には存在しない債権の譲渡の場合にも見出されるであろう。すなわち、私見による仮定的債務者の処分授權、追認、ないし追完は、後述するところの実際には存在せぬ債権の善意の譲受人保護の制度（一種の善意取得制度）を補完し、その要件の厳格なためにその成立の認められない場合に、これに代つて広義における取引安全の機能を果たすことになる。

実際には存在せぬ債権の善意の譲受人保護の制度として、独逸民法四〇五条は「債務者が債務ニ関スル証書ヲ交付シタル場合ニ於テ債権ガ其証書ヲ呈示シテ譲渡セラレタルトキハ、債務者ハ新債権者ニ対シ債務関係ノ締結(Eingetragung)又ハ承認(Anerkennung)ガ仮装的ニ為サレタルコト……ヲ主張スルコトヲ得ズ。但シ、新債権者ガ譲渡ノ当時其ノ事情ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ベカリシトキハ此限ニ在ラズ」と定める。もつとも、我民法上はこれに相当する明文の規定はないが、しかし我民法九四条二項に定める通謀虚偽表示の際の善意の第三者保護の規定（ドイツ民法にはこれに相当する一般的規定はない）の適用の一場合としてほぼ同じ結果が判例、学説上認められている（我妻「民法総則」二四四頁。大判・昭和六年六月九日、民集四七〇頁、大判・昭和九年五月二五日、民集八二九頁）。

ところで右規定の要件は極めて厳格であり、更にその効果も後述のように制限的であり善意の譲受人の保護にとつて必ずしも充分でない。

第一に、債権証書の作成が仮装的に、すなわち債権が実際には存在しないに拘らず通謀して作成交付されたときに限り、債務者が単に債務の存在を誤信して債権証書を交付した場合は含まない。

第二に、さような債権証書を呈示してなされた債権譲渡に限られる。この点は九四条二項による我民法の場合も同様に解すべきであろう。同項は、表示行為の外、形に信頼した第三者の利益を保護する趣旨（我妻前掲書二四三頁、於保「民法総則講義」一九二頁）だからである。

第三に、取得者の善意無過失を要する。我民法九四条二項では、善意のみを要求する。

第四に、この効果として、取得者は仮装債務者に対し、債権証書に対応した債権が真実に成立したものであるとして主張しうるにすぎない。従つて（仮装）債務者は、自己が譲渡人に対して有していた債権をもつて、譲受人に対する債務（つまり右規定の適用の結果負うに至つた債務）と相殺することができるとされている（Enneccerus-Lehmann, a. O., § 79, II, 3; RG 87, 424）。この点も我民法上——特に議論されていないが——同様に解すべきであろう。

補説

(i) 右の第四に関し、同じことは、他人の有する指名債権を譲渡した場合にも——もちろんこの場合善意取得は認められていないのだが、もし認めるとすれば——妥当すべき性質のものである。債権の帰属についての信頼を保護するための善意取得は、債権の存在や内容についての信頼の保護をも当然に含むわけではないからである。

(ii) しかし、私見による実際には存在せぬ債権の譲渡における仮定的債務者の処分授權^{II}追認、ないし追完の場合には、右と異り、原則として債務者は譲渡人に対して有していた反対債権をもつて、譲受人に対する債務（追完の結果、負うに至つた債務）と相殺することはできない。というのは、実際に存在せぬ債権を存在するとして譲渡する際、通常は、債務者によつて相殺さ

れることのない債権として譲渡するのであり、さような債権として譲渡する行為が債務者によつて追認ないし追完されるのだからである。

これに対し、私見による実際には存在せぬ債権の譲渡における仮定的債務者の処分授權Ⅱ追認、ないし追完は、いうまでもなく右の如き厳格な要件に服せず、その効果も右の補説(ii)に述べたように制限的でない。

かくして、これは、あたかも他人の権利の譲渡における処分授權Ⅱ追認、ないし追完がその善意取得に対する関係と同じように、実際には存在せぬ債権の善意の譲受人保護のための右の四〇五条の制度(一種の善意取得)を補完する機能を果すことになる。

5 要因証券ないし無因証券と文言証券の關係の理解のための寄与

かように私は、実際には存在せぬ債権の譲渡において、譲受人が譲渡契約の際に存在すると想定して譲受けた通りの債権を取得しうるための制度として、独逸民法四〇五条に表現されている如き一種の善意取得の制度と、私見による仮定的債務者の処分授權(そしてこれはまさに、我民法四六八条一項の債務者の異議なき承諾の制度が表現していると解するが)ないし追完の制度との二つがあると解するのであるが、この二つを明確に區別することは、有価証券法理の把握にとつて極めて重要な意義を有すると考える。

運送証券や倉庫証券のいわゆる証券的効力(商五七二条、六〇二条、六二七条、七七六条)の性質如何の議論を主なる発端として、近時、無因証券ないし要因証券と文言証券とを概念上いかに關係づけるかが争われている。

鈴木教授は、通説が、無因証券たると要因証券たるとを問わず証券上の権利の内容、範囲が証券上の記載によつて決定されるものを文言証券となし、運送証券等をもつて要因証券であり同時に文言証券である、とするのを厳密な推論

によつて徹底的に批判して、結局、文言証券性と無因証券性とは理論的に同じ基礎に基くものとして、無因証券性と文言証券性を同一視し、運送証券等を、本来要因証券たるものが権利の流通性を高める必要から部分的に無因証券化されたものと見るのが妥当だといわれる（鈴木「手形法、小切手法」二二頁以下）。

この問題の詳細な検討は別の機会にゆづらねばならないが、私見を簡単に述べるならば、

(イ) 従来の通説的見解に従つて、要因証券とは、証券の作成前にすでに存在する権利を表章するにすぎない有価証券であるとしよう。その限りにおいて、これは、一般の債権証券が（もちろんこれは有価証券ではないけれども）すでに存在する債権の表章であること——前述の独逸民法四〇五条から考えて、債権証券が不完全ながら債権の外形たる意義を有することは疑いえない——と実質的に共通する。

また、無因証券とは、手形や小切手のように、証券作成の原因となつた法律関係から切り離された抽象的な権利を表象する有価証券であるとしよう。

(ロ) 無因証券における抗弁切断の法理を構成する原理は、すでに第四章八(3)（六〇巻一号九六頁）で、手形に関して簡単に指摘し、また後に詳論するであらうように、実際には存在せぬ債権の譲渡における仮定的債務者の処分授權であると解する（為替手形における引受は、実際には存在せぬ支払人に対する仮定的債権の譲渡（為替手形の振出交付）後における、仮定的債務者（支払人）の処分授權に追認であり、また、約束手形の振出は、実際には存在せぬ仮定的債権の譲渡（約束手形の受取人の裏書譲渡）前における、仮定的債務者（振出人）の仮定的債権者（受取人）に対する処分授權（譲渡授權）の関係（もしくは授權証書の交付の関係）であり、従つて譲渡（約束手形の裏書）によつて譲受人（被裏書人）は有効に債権を取得することになる、と解する。なお、後述一三一頁以下参照）。

(ハ) 運送証券等は、要因証券であるが、そのいわゆる証券的効力を構成する原理は、前述の独逸民法四〇五条に比べると本質的に同じく、権利の外形たる証券の記載を信頼した善意の取得者を保護する一種の善意取得である。ただし四〇五条と比べて取引の迅速化の要求が強いためその要件は緩和され、通謀虚偽の記載たることを要しない。(また、権利の成立、に関してのみでなく、その存続についても、証券が権利の外形として公信力をもちうる。)しかし債務者(運送人等)の犠牲において善意の譲受人を保護するものである以上、誤れる証券の作成交付について(また、債務の消滅にもかわらず、証券にその旨が記載されていないことについて、あるいは証券を回収しないことについて)債務者に多かれ少なかれ帰責事由の存することは要件とならなければならない。

(ニ) 無因証券の場合には(ロ)に述べた所から、また、要因証券の場合も、(ハ)に述べたように運送証券等においては、独逸民法四〇五条に表現される一種の善意取得の原則の(要件の緩和された形における)適用によつて、結果的には同じように、譲受人は、譲渡の際に存在すると予定された通りの債権を取得することになる。

文言証券性の概念は、まさに、このように原理上は異なるけれども結果的には類似する両現象を包括しつつ、かかる現象を生ぜしむべき証券を(原理上は異なる二つの種類の証券を包括して)指す概念である。「証券に表章された権利の内容、範圍が証券上の記載によつて決定される有価証券」として説明されている文言証券の概念の論理的構造は、右のように把握すべきであると考ええる。そしてかく解することによつて、何故に従来この概念の論理的な明晰さが欠けており(竹田「証券的權利に就いて」および「証券の文言性の限界」同「商法の理論と解釈」四七四頁以下および四八四頁以下は、この概念を整理しその論理的な把握を試みたものであるが果して成功しているか疑問である)最近では、「文言性の概念が果して普遍性を有するか疑問だ」とする見解(谷川「船荷証券記載の効力」大阪市大法学雑誌九卷一号、特に六五頁以下)があらわれる

に至つたかの理由を理解することができよう（現象的には類似しているが、原理的に異なるものを、文言証券性という、証券に内在する一つの原理を想定してこれによつて説明しようとするのは無理だからである）。

五 義務設定授權（Verpflichtungsermächtigung）との関連

1 問題の所在

義務設定授權とは、後に詳述するように、被授權者が自己の名においてなす行為によつて、授權者に義務を負担させる授權であると定義されている。この義務設定授權を認めうるか否かについてはドイツでも非常に争われており、後述するように多数説はこれを否定する。ところで私見による仮定的債務者の処分授權においては、実際には存在しない債権の譲渡を授權する仮定的債務者（授權者）は、被授權者たる譲渡人の譲渡行為により、譲受人に対して債務を負担することになるのであるから、まさに右に述べた義務設定授權に含まれるように見える。従つて義務設定授權を否定するドイツの通説の立場をとる限り、仮定的債務者の処分授權も否定さるべきように見える。

そこで義務設定授權に関するドイツの議論——義務設定授權とは何か、それを否定し或は肯定する根拠は何か——を検討し、これと私見による仮定的債務者の処分授權との関連を明らかにすることは、仮定的債務者の処分授權の概念を確立するために不可欠であろう。

2 授權概念について

ところで、義務設定授權の概念を検討するためには、その前提として授權概念一般についていちおう触れておくことが必要である（授權概念を論じた我国の代表的文献として於保教授の「授權について」同「財産管理権論序説」所収二七頁以下

がある。そのほか、田島前掲論文、伊沢「指図の本質」法協四九卷六号三六頁以下もこれに触れている。ドイツの代表的著作としては、授權概念の理論的基礎の確立を試みた Ludewig, *Ernächigung nach bürgerlichen Recht* 1922 のほか、前述五〇頁に引用した文献を参照)。

ドイツにおいては、授權概念は一般に認められているといわれる(於保前掲論文四〇頁)が、現在でもこの概念を果して一個の法技術概念として認める必要性ありやを疑う学者も必ずしも少数とはいえないようである(エンネクツエルスは *Lehrbuch* の旧版でこの概念を認めたが、これを補訂したニツパダイはこれを不要な概念という。レーマンもほぼ同説である。Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. § 204, Anm. 6; Lehmann, *Allgemeiner Teil des BGB*, § 37, VI)。

この争のよつて来たる所を考えると、一体、授權の概念は、一八五条に定める他人の権利の処分に対する同意の規定から出発し、この規定が多かれ少なかれ類推適用さるべき他の幾つかの、一八五条の同意と類似した同意をも同時に包摂しうる類概念を探索することによつて作り出された概念である。従つて、肯定説が授權の概念によつてとらえる場合を、一八五条の準用ないし類推適用によつて解決しうるものであつて、わざわざ授權の概念を用いる必要はない、として授權概念の必要性を疑う説があらわれてくるのは当然といえる。

たしかに、法の解釈適用上の技術概念としては授權概念を認める必要があるか疑問の余地があるう。しかし、いわば学理上の概念として、民法の体系的把握にとつて有意義であるならば、これを認める必要はあるといわねばならない(於保教授も、まさにこの見地から授權概念を是認しようとするものだといえよう)。

それはともかく、授權概念について通常述べられているところを略述すれば——(以下主として Staudinger-Coing, *Kommentar zum BGB*, Bd I, Lieferung 4, S. 961 および Lehmann 前掲書の説明による)

近時、一八五条に定める他人の権利の処分に対する同意と並んで授權という概念を一箇の特別の法概念として作り出そうとする試みがなされた (Ludewig, Eumecerus, Krückmann)。そして、「自己の名による法律行為によつて、他人の権利範囲に干渉 (einwirken) しうる権限の授与」が授權であると解されている。

かかる狭義の技術的な授權概念のほかに、更に、広義の授權概念——すなわち授權とは「法律行為によつて授權者の財産關係に干渉しうる権限を授与するところの意思表示」である——も用いられた。

しかし、これは、本質的に代理權授与と、一八五条の同意を包括する概念を構成しようとするものであり、不必要な概念であるとして一般に反対されている。(Ludewig, Eumecerus, Lehmann, Coing その他多数。) (なお、於保教授が、狭義の授權と代理權授与を(更に法定管理權をも)包摂する類概念として「管理權ないし管理權行使の譲渡」なる概念を確立しようとしてされていることは前述した。四九頁参照。そこで述べたように、教授のいう管理權概念が一箇の技術概念として不可欠なものかは疑問の余地もあろうが、学理上の概念として極めて有意義であると考える)

授權に相当する場合としてあげられているのは

(a) 処分授權。いうまでもなく、一八五条に直接定めるところの、自己の名をもつて他人の權利を処分することに対する同意である。

(b) 權利取得授權 (Erwerbsermächtigung)。授權の効果として、被授權者が自己の名において授權者のためになす物權取得行為によつて、授權者が權利を取得する授權。トゥール (V. Tuhr, a. a. O., II, 2, S. 350) が、かつて一八五条の類推適用としてこれを認めたが、現在これを認める説は見当たらない (Ludewig, a. a. O., S. 75 なお、於保前掲論文は、これを認むべきであるとするようである。前掲書四一頁)。

指名債權譲渡における債務者の異議なき承諾(三) (安達)

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三)(安達)

八二

(c) 義務設定授權。これについては後に詳述するが、通説はこれを否認する。

(d) 被授權者が、受領を要しない一方的法律行為、例えば放棄を、自己の名でなしうる授權(一八五条の規定はかかる場合を当然には含まないと解されている)。是認されている。

(e) 取立授權(Einziehungsermächtigung)。被授權者に、授權者が有する債権を、自己の名で取り立てうる権限を——債権自体を譲渡することなく——与える授權。判例及び多数の学説はこれを認める。これについては第四章三(2)で述べた。しかしラレンツ(Larenz, a. a. O., I, § 30, IV, C)のように、債務者保護の見地から否認する説もある。

(f) 訴訟追行授權(Ermächtigung zur gerichtlichen Geltendmachung)。授權者の権利——なかんづく債権——を自己の名において裁判上行使しうる権限を被授權者に与える授權。判例、学説はこれを是認する。

更に、クリュックマン(Krückmann, Ermächtigung, in Arch. f. ZP, Bd 139, S. 26)は、独自の立場から授權概念を広く用いる。すなわち、ある者が、それに相応するところの奪いえない権利を有することなくして法律的権限を附与さるべき場合には、常に授權が存在すべきであるとする立場から、権利関係に関する証明書とか言明とか確認等々から生ずる権利表象による責任を「理論的」dogmatischに正当づけるために授權概念を用いている。彼によれば、証明者は証明書の受取人ないし第三取得者に対して、あたかも証明されていることが真であるかの如くに振舞うことを授權したことになる。同様な基本的立場から、彼は契約締結上の過失による責任をも説明しようとする。すなわち、申込者の相手方は、申込者から、真面目な締結の意図で締結することを授權されていると説明する。

しかしクリュックマンのかかる見解は、授權概念の不当な拡張であり、無用な混乱を生じさせるだけであるとして非難されている(Lehmann, Nipperdey等)なお、於保「授權に関するクリュックマンの見解」論叢三一巻一号一〇九頁以下もこれを否定する)。たしかに方法論的にも基本的な欠陥を免れえまいが、しかし、前述七三頁で触れたように、善意取得と処分授權

の関連等を考えるにあたって示唆を与える所は少なくないと思う。

3 義務設定授権の概念の意義

(イ) 前述したように、義務設定授権とは、被授権者が自己の名でなす法律行為によつて授権者に義務を負担させる授権をいう。この定義については現在殆ど異論はないと見てよいであろう(v. Tuhr, Enneccerus-Nipperdey, Lehmann, Co-
ing, Ludewig, Beiermann)。

そしてこれに該当する事件をレーマンは二つの場合にわけている。すなわち第一に、「授権者の計算において被授権者が一定金額を支払うとか、受領するとか、売買その他の法律行為を締結しうるよう授権する場合には、授権者は被授権者に対し、被授権者のなした行為の計算を負担すべき義務を負う。」第二は、「授権者をして直接に義務づける授権の場合であり、被授権者のなした行為(契約)の相手方に対して授権者が直接に給付すべき義務を負うに至るような授権。」例えば(Ludewig のあげる典型的な例だが)物品の買入を授権することによつて、被授権者が自己の名で第三者と結ぶ売買契約により、授権者は売主に対して直接代金債務を負う場合(なお、Enneccerus-Nipperdey, や Ludewig はかような分類をしていないが、右の二つの場合のいずれも義務設定授権に含まれていること疑ない)。

ところで右の第二の場合の義務設定授権については、次に述べるように、果して是認しうべきか争われているのに対し、第一の場合についてはその有効性は争われていないといつてよい。しかし、そもそもかかる場合を授権の一つとして把えるのが正当であるか、いささか疑問だと思う。というのは、この場合たしかに、いわゆる被授権者は、自己の名でなす法律行為によつて授権者の権利範囲に干渉することになり、従つて形式的には前述の授権概念に該当するといえるけれども、しかし前述した授権の場合と比べてこの場合には、たまたま被授権者のなす行為が法律行為で

なくて事実行為、例えば授権者の指定する子の養育とか、授権者の指定する家屋の修繕など、であつても同じ結果が生ずるはずの授権であり(すなわち、行為の計算を授権者に負担せしめるという点で同じ結果を生ずる)、被授権者の行為が特に法律行為であることについて必然性がない。かように、事実行為についてまで本来妥当する如き場合にまで授権概念を拡張することは(なお、ここでは授権の他の場合と異なり一八五条の類推適用も殆ど問題にならない)、議論をいたづらに混乱させる結果になると思う。そして比較的最近に義務設定授権について書いている *Craig* も *Bettermann* も、右の第一の場合を明らかに義務設定授権の説明の中に加えていない(なお、於保前掲論文は、義務設定授権の具体的意味については殆ど論じていない)。

なお、*Enneccerus-Nipperdey*, *Lehmann* は、第一の場合のそれが、指図 (*Anweisung*) に見出される、つまり、指図は指図人の被指図人に対する支払授権と指図人の指図受取人に対する受領授権より成る、といっている。しかし、このいわゆる二重授権説を採ることはできず、指図証書の交付をもつて、実際には存在しない、被指図人に対する債権の譲渡と解すべきであり、指図引受をもつて右の如き債権譲渡に対する仮定的債務者(被指図人)の処分授権とする構成こそが、指図の具体的な法律関係によりよく適合すると考えられる。このことは第三章で述べた通りである。

いずれにせよ、第一の場合の義務設定授権においては、第二の場合のそれと異り、被授権者のなす法律行為の結果として授権者がその法律行為の相手方に対し直接に義務を負うことはない場合なのだから、本章で問題とする仮定的債務者の処分授権とは全く類型を異にする。従つて本章の課題にとつてはこれ以上深く立ち入る必要はない。問題なのは第二のそれである。

4 義務設定授権の肯定説と否定説

義務設定授權の第二の場合（以下単に義務設定授權という）を是認しうるか否かは非常に争われているが、否定説（v. Tuhr, Nipperdey, Lehmann, Coing 等）を通説といふことができる。

(4) 否定説。否定説の根拠とするところは、

i 他人の財産の負担における義務設定は、ただ、財産主体の名においてのみなしうる。従つて代理権を必要とする（v. Tuhr, a. a. O, Bd II, I, S. 395）という。しかし、これは充分な実質的根拠を示したことになる。そこで後の学者は、より実質的な根拠として次の二つをあげる。

ii 独民法一八五条は、明らかに処分行為（Verfügungsgeschäft）についてのみ授權を認めており義務設定行為（Verpflichtungsgeschäft）についてはこれを認めない。両者は独逸民法上基本的に全く異なる性質の行為であり類推を許さない。そして、かつて、ライヒスゲリヒトの判例が——家屋の所有権者が或る者にその家屋の管理を委ね、その者の名で賃貸することを同意（授權）した上で、この者により賃貸借がなされた事案について——同意を与えた所有者は、その賃貸借に拘束され、借主に対して所有権に基く返還請求をなしえないとした（RGZ. 80, 395）のに対して、この判決の事案は使用権と占有権の譲渡に関するものであるから、一八五条にいう処分と扱つてよく、従つて一般的に義務設定授權を認めたものといえないという。

iii 義務設定授權を認めることは代理について定めている顕名主義（Offenheitsgrundsatz 独民法一六四条二項、日民法一〇〇条）の精神に反する。つまり、義務設定行為ないし債権行為（Obligatorische Geschäft）を締結する際に、それによつて債務を負うべき者が誰であるかがわからず、締結の際の相手方とは別の者を債務者として、自らの意思に反して、おしつけられるのを認める結果になるという。

(四) **肯定説**。肯定説を主張する者は Ludewig, Bettermann, Dölle 等少数である (なお Bettermann, Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, in JZ 1961, S. 321ff は「肯定説のため詳論した最近の代表的なものであり」Nipperdey, Cöing, Lehmann 等によつて引用されている。以下述べるところは「これの紹介である」)。

右の ii. に関して——通説が、第三者の負担による契約 (Vertrag zur Lasten Dritter) も義務設定授權ともに認めえないとする根拠として、成法上規定のないことをあげるが、規定がないからといつて直ちに反対解釈をとらねばならないというのは、法規の無欠缺性の理論に陥るものであり、特に債務法においてはこのことは是認できないという。そして、これを認むべき積極的根拠として、

(a) 民法典の中にすでに、自らの名によつてなす行為によつて他人に義務を負担させる関係が認められている (例えば、五五六条三項により賃借人が賃貸人の同意を得て賃貸したとき賃貸人は転賃借契約に拘束され、転借人に対し占有を容認すべき債務を負う。夫婦財産制に関する一四五九条、一四六〇条は、財産共通制において妻が夫の同意を得て自らの債務を負うに至ったときは、共通財産及び夫もまたその責に任ずと定める等々)。このことは、この関係が理論上可能である証拠である。

(b) また、これを認めることは禁反言の法理からも要求される (Bettermann, a. a. O., S. 322)。

右の iii. の点に関して——以上の理由により、

(a) まず、第三者のためにする契約 (Vertrag zu Rechten Dritter 独民法三二八条以下日民法五三七条以下) と全く同じ関係において、第三者の負担による契約 (Vertrag zu Lasten Dritter) を有効になしうる。ただし、前者におけると同様、契約当事者が第三者の負担による契約である旨を合意しなければ有効に成立しないから、後者を認めるからといつて相手方は予期せぬ債務者をおしつけられることはない。また、独民法三三五条の準用により、原則として第三者は当

事者と重疊的に債務を負う。

(b) 同様に義務設定授権も一八五条ないし一八二条以下の規定の類推適用を受ける関係としては是認しなければならぬ。しかしこの場合には、代理における顕名主義との関係上、一定の制限をうけ、次のような形でのみ成立しうる。

一 自己の名でなす行為の相手方に、債務負担者が第三者であることが、示されていない場合には、第三者（授権者）が当事者たる被授権者と重疊的に債務を負う形のみが認められる。

二 しかし、行為の相手方に債務負担者が誰であるかが示されている場合には、この第三者が単独で債務を負う形も認められる (Bettermann, S. 323)。 (なお Ludewig は、右の二の形のみを認めた (Ludewig, a. a. O., S. 72)。

また於保前掲論文四一頁は、義務設定授権を認めるも、いかなる要件を要するかには触れられていない)

なお——以上の如き義務設定授権を認めることの効用は、とりわけ次の点にあるとされる (Bettermann, S. 325ff)。

(a) 遺言執行人、破産管財人等が自己の名で行為しながら、それによつて相続人、破産債務者等に債務を負担させる関係は義務設定授権によつてよりよく説明しうる。(b) 一九五〇年のヘッセン信託法 (§ 6 II des hessischen Treuhändergesetz) が、受託者は自己の名において財産所有のために及びその負担において取引をなしうると定めることは、義務設定授権を認めたものというべきである。(c) 労働法上、労働組合がその名で締結する労働協約の債務的部分に関し、組合員の利益のためには個々の組合員についてもそれが効力を生ずるも、その負担においては組合員を拘束しない (特に平和条項違反のとき) とされるのは、義務設定授権を理論上認めえないとする従来の立場に基くものだが、実際上も不当である。しかしこの点につき一九四九年の労働協約法二条は、連合団体 (Spitverband) は自己の名で、加入団体のため、またその負担において労働協約を締結しうると定めることによつて、立法上一部修正したのは、義務設定授権を是認したものというべきである。(d) 強制競売法 (Z. V. G) 八一条三項四項は、「自己の名で最高価で競売申出をなした者が後に第三者のために申込をなしたと宣言すると、彼が第三者か

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾 (三) (安達)

らの代理権もしくは同意を与えられていることが立証されるときは、その第三者に競落がなされねばならぬ。その際両者は連帯して競売申出による履行義務を負う」と定めるが、これも義務設定授權を是認した規定と解すべきである。

(ハ) 右の肯定説の議論に対しては、否定説はさらに、ベターマンが掲げるところの義務設定授權が立法上認められている事例は特例であり一般化しえない(レーマン)、また、たとえ肯定説が主張するような形でなら義務設定授權を認めることが理論上可能であるとしても、一般的に義務設定授權を認める実際の必要性はない。代理制度や、自己の名と他人の名とで同時になす契約の形式や、重畳的債務引受によつてその必要性を満たしうるからだ(ニッパダイ)と反駁している。

5 義務設定授權をめぐる議論と仮定的債務者の処分授權の概念

右に見たように義務設定授權を是認するか否かは争われており、いずれをとるべきか、直ちには断定し難い(肯定説を基礎づけるためには、Bettermannのように、具体的な利益の比較考量から出発することが必要であるとともに、代理権と授權との関係をほりさげ、特に、前者における「他人の名において」と後者における「自己の名において」の論理的意味を追求することが必要である。於保前掲論文は、この課題と取り組んだものであり、管理権概念によつて、両者の本質的同一性を論証しようとする)。

しかし、たとえ否定説をとるにしても、私見による仮定的債務者の処分授權(これは形式的に見た場合、義務設定授權の概念によつてとらえられることは前述した。七九頁)がそれとともに否定されることにはなりえないだろう。なぜならば、(イ) まず、否定説の根拠とするiiiの点は、仮定的債務者の処分授權においては妥当しない。つまり、私見によれば、実際には存在しない債権の譲渡を仮定的債務者が同意(授權)している場合、授權者たる仮定的債務者は、被授權者た

譲渡人の譲渡の結果、譲受人に対して有効に債務を負担するに至るのであるが、この場合には、譲渡の際にすでに誰が債務者であるかは譲受人に明示されているのであるから（債務者が誰であるかが明示されていない債権譲渡は考えられない）、相手方たる譲受人が自己の予期に反して別の人を債務者としておしつけられるということはありえないのである（なお、譲渡後における仮定的債務者の処分授權＝追認の場合も同様である）。

(d) さらに一層根本的な問題だが、否定説の論拠とする ii の点も仮定的債務者の処分授權については妥当しない。何故なら、実際には存在せぬ債権の譲渡は、有効に存在せる債権の譲渡がそうであると同じく、処分行為であり義務設定行為では決していないからである。つまり、すでに将来の債権の処分に關して触れたように（六四頁参照）、処分の対象が存在することは処分行為の効力発生要件にすぎず、その成立要件ではないのであり、従つて譲渡の対象のない譲渡行為も処分行為として成立しうるのである。

この点を更に詳述すれば、まず、一般に処分行為と義務設定行為との差異について次のように説かれる（以下主として Staudinger-Coing, a. a. O, S 529; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O, § 143, II, 2 によつて）。

「処分行為とは、それによつて直接的に、権利が消滅し、移転し、それに負担が設定され、その内容が変動する法律行為である」（従つて、これに属するものとしては、債権譲渡、債務の弁済受領、債務免除、契約解除、等がある。また登記と結びつく不動産所有権譲渡の意思表示 (Auflassung) は処分であるが、単なる物権移転の合意 (Einigung) は——物権変動における意思主義をとらない独逸民法上は——それによつて物権変動の効果を生ぜしめないから、処分ではない。）

「義務設定行為とは、処分行為と対立する概念であり、それによつて何等権利の喪失が生ぜず、単にそれを準備するものであり、すなわち、債務者をして、一定の権利の変動を生ぜしむべき法律行為をなすべき義務を負わせる法律

行為である」といわれる。

そして両者の区別はドイツ民法上は、極めて重要な意義を有し、例えば処分行為と義務設定行為は立法技術上区別され、別に規定されている(四三三条と二一三条、二三七一条と二〇三三条等)。また処分権者が処分すれば、もはや重ねて有効な処分をなしえないが、同一内容を有する義務設定行為は重複して有効になしうる等々。

ところで、「処分行為の概念の要素として、欲せられた権利変動がそれにより直接に(unmittelbar)生ずることが必要であり、従つて単に権利変動を生ぜしむべき義務を生じさせるのでは足りないが、しかし、それによつて即時に(sofort)権利変動を生ずることは必要でなく、更に、欲せられた権利変動が処分の当時可能であることすら必要としない。従つて一方で、有体物の引渡によつて始めて生ずる処分(動産所有権の譲渡質入は独民法上これに属する。独民法九二九条)は、引渡という行為の性質からして(処分行為の性質からではない)、ただ現存する物についてのみ可能である。しかし、その他の、特に無体財産権——例えば債権——の処分は、対象の現存することを要件としない。従つてその処分は、対象の存在する以前に、その存在するに至つたときに処分が直接これに及ぶという効力を伴つて、なしうる」と解されている(Grandinger-Coing, a. a. O, S. 530; Lehmann, a. a. O, § 115 II)。

以上要するに、実際には存在せぬ債権の譲渡が、有効に存在する債権の譲渡と同じく、処分行為であることは疑いをいれない。従つて、否定説のいうiiの点もここでは妥当しないといわねばならない。

なお、実際には存在しない債権の譲渡は処分行為であり義務設定行為でないと解すべきであるとすれば、そもそも仮定的債務者の処分授權をもつて義務設定授權の一種として見ることは妥当でないといわねばなるまい。さらに、従来の義務設定授權の定義(八三頁参照)は、これを形式的に適用すれば、仮定的債務者の処分授權をも含めるとき定義であるけれども、これ

を改めて、義務設定行為に対する授権のみを義務設定授権として明確に定義することは（もつとも従来、義務設定授権の概念について論じられた際には、実際には義務設定行為に対する授権が主として考慮されていたという点からいつて実質的な変更を意味しないであろうが）、義務設定授権と処分授権の区別を明確にし、他方、仮定的債務者の処分授権が本来の処分授権の一種たる性格を明確にする上から望ましいと思われる。

六 信託的行為との関連

1 問題の提起

処分授権は信託的行為と密接な関連を有する。所有権者が、他人に目的物の売却を委託するにあたって、もし所有権を受託者に譲渡する形式をとるならば、信託的譲渡であり、もし所有権を形式的にも受託者に譲渡することなく、処分権限のみを授与する場合は、処分授権である。いずれの場合も、受託者は自己の名で第三者に譲渡し、譲受人たる第三者は有効に所有権を取得する。そして受託者は委託の趣旨に従つて、得たる対価を委託者に給付すべき義務を負う（いうまでもなく、委託者が受託者に代理権を授与する形式もある。そのときは、受託者は委託者の名において譲渡することになる）。

右に見た限りにおいて、信託的譲渡と処分授権は、その経済的機能を同じくし、その法的構造においても共通性を有する（その詳細は後に述べる）。そして更に、後述するように、後者は前者の歴史的発展形態であり、その単純化された形態といふことができる。信託的譲渡と処分授権とのかような関係が、私のいわゆる仮定的債務者の処分授権においても見出されるならば、処分授権の一種としての仮定的債務者の処分授権の概念を確立しようとする私見の立場に、

一つの根拠が与えられるであらう。

2 利他的管理信託から処分授權への転化

(4) 処分授權の制度は、いわゆる信託的行為のうち、委託者の利益のために、委託者の財産の管理を目的として受託者に財産権を移転するところの所謂管理信託 (fiducia amico そのうちでも、特に委託者と受益者が同一人である場合) に対し、その歴史的な發展形態であり、その純化された形態であるといえよう。

かかる理解は、四宮教授が、その問題意識の鮮烈と雄大および徹底した推論にうかがわれる思考力の強靱、において驚嘆すべき力作「信託行為と信託」(法協五九卷一号、二号、三号、四号、七号)のなかで、ローマ法、ゲルマン法、英米法、ドイツ法における信託關係の歴史を詳細に比較検討したうえで到達された、信託關係の普遍的な歴史的發展法則に関するつぎの命題によつて基礎づけることができる。すなわち教授によれば、

「法律行為による信託關係」(この觀念の意義については九六頁参照)は、常に一定の歴史的法則に従つて生起發展した」ということができ、「すなわち、それは、新たな經濟的目的を達成するために、嚴格法における法的技術の貧困と法制度に付着する諸種の方式、制限とを救済、回避する必要上、經濟目的を超過する法的効果を生ずる既存の法制度を利用するものである。従つてまず、かくのごとき法制度をかくのごとき經濟的目的に利用するところが許されるか否かが問題となる……。しかし經濟的目的に即応せる法制度が認められざるにもかかわらず經濟的財産關係自体に着目して全行為の効力を否定し去ることは、社会の經濟的要求を無視するものといわねばならぬ。かくしてひとびとは「法律行為による信託關係」に採用せられた既存の法制度に——從來認められなかつた目的のために利用せられるにかかわらず——從來認められた法的効果だけは賦与するに至るのである。……

信託目的に対する最初の法的保護は、受益者の受託者に対する債権的請求権であり、これが例外なく漸次物権的に強化せられてゆくのであつた。そのもつとも典型的な過程は英米法の *trust* において見られるであろう。しかし究極において、いかなる「法律行為による信託関係」も信託目的に即応する制度に転化し、受託者の権能の縮少とその反面における受益者の所有権的地位の獲得をもたらした。「法律行為による信託関係」はかくして信託関係たることをやめるのである。」（四宮前掲論文（五・完）法協五九卷七号六三頁）と説かれる。

なお、右の、信託目的に対する法的保護が物権的に強化されていく段階は、物権と債権を峻別し所有権の分裂態を認めぬ法系——特にローマ法系——においては、存在しえないわけではないが、事実上困難であることが指摘されている（同前六五頁）。

(四) 右の所説を、利他的な管理信託について、しかも委託者が同時に受益者であるとき單純なその場合についてあてはめて考察すると、財産管理の目的で所有権を信託的に受託者に譲渡することは、処分授權の制度が認められるに至つていない法制度のもとでは（さらに、代理の制度が認められていない法制度のもとでは）、処分授權に代る手段として（また、代理權授与に代る手段として）用いられたであろうことは容易に推測しうる（処分授權と代理との歴史的関連については四五頁以下参照。後者は、前者の歴史的な先行形態として把うべきである。）。

そして、信託目的に違反した受託者の処分に対しては、委託者≡受益者が単に受託者に対する債権的、損害賠償請求権によつてのみ保護される段階を経て、委託者≡受益者の保護が更に強められるに至り、信託目的に違反する処分に対して、委託者はその処分行為の無効を直接に処分行為の相手方に対して主張しうるようになり（もつとも、相手方の取引安全の保護のために、その要件として、信託目的の公示方法が存すること、もしくは——これの欠けているときは——相手方が信託目的違反の処分なることを知ること、つまり悪意が要求されねばならない）、この意味において、委託者≡受益者に物

権的保護が与えられるに至る（なお、かかる物権的保護は、四宮教授の指摘されるように、物権と債権を峻別し、所有権の分裂態を認めぬ法系のもとでは、これを認めることが事実上困難である。前掲引用文末尾参照）

しかしこの段階から、更に形式的にも、所有権を受託者に移すことなく、委託者に留保したまま、単に処分権限のみを受託者に与えるという形式が作り出されるに至る過程を推測することができる。そしてこの最後の形態においては、経済目的を超える法的権限の授与という本来の信託関係が消失し、まさに「法律行為による信託関係」は、信託目的に即応する『処分授權』の制度に転化し、「信託関係たることをやめる」のである。

(ハ) もつとも、以上のようにいうことは、利他的な管理信託（そのうちでも特に委託者と受益者が同一人であるときそれ）の場合に、信託的な財産権の譲渡の形式が、今日もはや用いられていないということをも意味するのではない。今日においてもこの形式は、処分授權の形式と並んで用いられる。

信託的譲渡の形式がとられた場合、我国では、特別法たる信託法の適用をうけ、同法三一条により、登記・登録による信託の公示、もしくは処分行為の相手方の悪意を要件として、信託目的に物権的保護が与えられる。しかしドイツでは、かかる特別法がなく、他方ドイツ民法典は、ローマ法の影響のもとに債権と物権を峻別し所有権の分裂態を認めず、特に一三七条は「譲渡シウル権利ヲ処分スル権能ハ法律行為ニヨリ除斥マタハ制限シエズ」と明定しているため、信託目的に物権的保護を与えることは困難である（*Ennecerus-Nipperdey, a. a. O., § 144, Anm. 21; Standing-Comment, a. a. O., § 137, Bem. 4*）。しかし近時、学説上、受託者の信託違反の処分を解除条件として、財産権を信託的に譲渡するという方法をとることによつて、信託目的に物権的保護を与えることができる——その際、善意取得者は独民法一六一條三項により保護される——という見解が主張されている（*Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S.*

215 ff. *Enneccerus-Nipperdey*, § 148, II, 2)。もつとも、この見解をとるも、不動産の所有権の譲渡については、その条件付譲渡はドイツ民法上認められていないから（同九二五条）無意味である。（以上の点については、さらに、後述一一四頁の説明をあわせて参照されたい。）

なお、処分授權の形態をとる場合には、信託目的に反する処分行為は、権限踰越の処分行為となり、あたかも権限踰越の代理行為と同じく、相手方が悪意である限り、委託者は直接に相手方に対して処分行為の無効を主張しえ、いわゆる物権的効力をもつて保護されることになる（表見代理の規定が処分授權に準用さるべきことについては四七頁参照）。

しかしながら、*Enneccerus-Nipperdey* のいうように、処分授權の形式の方が当事者の右の如き信託目的によりよく適合するものであり、従つて、当事者が右の両形式のいずれを選んだかが契約上明示されていないときは、処分授權の形式を選んだと解釈するのが正当とされるのである（*Enneccerus-Nipperdey*, § 148, II, 1）。そして、かように処分授權の形式が信託的譲渡のそれよりも信託目的に適合する所以は、後者にあつては処分権が専ら受託者に属するのに反し、前者にあつては「所有権、債権等々を委託者に残しており、委託者は、競合的に処分の権能を有するからである」（*Enneccerus-Nipperdey*, a. a. O., § 148, II, 2）。（ドイツ法上の問題としては、この理由のほか、さらに前述の、信託目的に対する物権的保護が与えられるか否かの理由をも付け加えるべきであろう。）この理由は同時に、歴史的に、信託的譲渡から処分権に転化した契機の最も重要なものであるといつてよいであろう。

補説

(i) かように、専ら委託者の利益のための管理信託において、信託的譲渡から処分授權へという歴史的発展のシエーマを構想することは、四宮教授の所説を不当に歪曲するものと見られるおそれがないわけではない。これを検討す

るためには、まず教授の右論文の所説を要約する必要がある。

従来の我國の通説が「信託行為」(すなわち沿革上、ローマ法における *fiducia* の展開として、ドイツ法で認められた *fiduziarische Geschäft* に由来し、民法の領域において譲渡担保や取立のためにする債権譲渡などを説明するテクニクとして学説・判例につて援用された概念)と「信託」(ゲルマン法系に属する英米法で発達した *trust* の一種に属するものと考えられ、信託法なる特別法によつて認められた制度)を峻別し、その性質・効果を全く異なるものとして扱わんとした(すなわち、後者にあつては「法律行為の内容と当事者が之に抛り達せんとする経済上の目的とは正しく一致する。」従つて信託目的の保護のために、受益者に、第三者に対する物権的請求権 \parallel 追求権が与えられるのに反し、前者にあつては、「法律上の効果が当事者の目的とする所を超過」し、信託法により後者に与えられる効果は、前者にはすべて拒否されるとする。例えば入江「全訂信託法原論」(昭和八年)一二〇頁参照)のに対し、教授は、両者を「信託行為による信託関係」という上位概念によつて包摂し、その歴史的な発展の様相を各法系について検討し、その普遍的な発展法則(前述九二頁の引用を参照)に到達し、「信託行為」と「信託」の論理的関連を、かかる歴史的発展法則の中において把握することによつて、「信託行為」の概念は、「法律行為による信託関係」の発展において、「信託」の概念の前段階に位するものであり、当然に「信託」の概念に発展する必然的傾向を有すると主張し、判例の動向を援用しつつ、『従来、「信託行為」とせられた法律関係に対しても、信託法が信託財産保護のために認めるごときもろもろの法的効果(例えば、信託財産の受託者固有財産からの独立性、信託目的の保護のための第三者に対する物権的請求権 \parallel 追求権など)をできるかぎり認むべき』であるとされる(前掲論文、法協前掲号七六頁)。更にすすんで、「信託」の法的性格を追求し、従来の通説が、立法技術上ローマ法の *fiducia* 的構成をとつている信託法の構成をそのまま採用し、財産権の完全なる移転と債権による目的制限とによつて「信託」を理論構成していたの

を批判し、「信託法の認めた法的効果に即して現行法の体系に合する構成をつくる限り……（受託者の完全権を認めることはできず）所有権移転の形式をとるのは、管理権と Legimation とを受託者に賦与する意味に解すべきことになる」とし、さらにこれに続けて『かくして遂に、「信託」および「信託行為」はもはや厳格な意味において信託関係と呼ばれるに値しなくなつた。「法律行為による信託関係」は経済目的に即応する法的効果、法的構成を獲得することに向つて、ついにはその目的を到達して信託関係たることをやめるのであつた』（法協前掲号八二頁）と説かれる。

かようにして、教授によつて「法律行為による信託関係」の發展法則の到達点として具体的に考えられているのは、処分授權の制度ではなく、むしろ——多少の不正確を冒していえば——特別法によつて認められた「信託」の成立であり、そしてその本質とされているところの、管理権（と名義）の授与のようである（四宮教授の近著「信託法」一九頁は、「受託者の地位は結局、名義と管理権ということに歸着する」という）。

（付記。もつとも、管理信託においては、管理権のみの授与の形態であるところの遺言執行制度のごときが、また担保信託においては、他物権たる担保物権の制度が、その最後の到達点として考えられているといつた方が、あるいはより正確かも知れない。しかし、これらはいづれも排他的管理権の性質を有する点において、「信託」と同じ性質を有し、競合的なその性質を有する処分授權と対立すると解されている——この点については後述参照——かぎり、以下の議論にとつてはたいして重要ではない。）

(ii) ところで、処分授權（あるいは、より、一般的な概念としての授權）と「信託」における管理権とは、いかなる関係にあるかが問題である。教授はまず、「信託」において受託者の有する管理権は排他性を有し、これと競合して委託者ないし受益者が管理権を有しえない、すなわちそれは『他人の物の管理権』（遺言執行者、後見人、遺産管理人、破産

管財人等の管理権」と同じような排他的管理権と考えるべきである」と指摘しつつ(四宮「信託法」五頁・九〇頁参照)、これに続けて「ドイツの学説が管理信託に関して、授権による構成を捨てていわゆる物権的管理権による概念構成を理想と見るに至つたのも、授権概念が委託者の処分権の競合を許すのに対し、この管理権概念は受託者と委託者との処分権の競合を許さない点を高く評価したからにはかならない」と述べ、授権と「信託」における管理権との差異を強調されている(なお、四宮前掲論文法協四五卷四号六五頁をも参照)。従つて教授の解する「信託」上の管理権と処分権とは異質的なものというべく、従つて結局、「信託行為による信託関係」の発展の到達点として具体的に「信託」もしくはこれに見られる管理権(一般的にいつて排他的管理権)を考える教授の立場からは、右の発展の到達点として授権を考える私見の構想は許容しえないと見られるかも知れない。

(iii) しかしながら、教授がかように「信託」あるいは排他的管理権を右の発展の到達点と考えるにあたつて前提されているところの、考察の対象を具体的に検討するならば、私見の構想との間に基本的な矛盾は存しないことが明らかとなるであらう。

教授は、第一に——管理信託における発展を主要な考察の対象としているけれども——これに限つてゐるわけではない。発展の到達点とされている「信託」についての信託法上の規定(これは管理信託を前提とすることというまでもない。信託法一条・九条)が譲渡担保(つまり担保信託)にも可及的に類推適用されるべきことが主張されている点からいつても、また、右論文の中の歴史的叙述の部分でも——各法系における管理信託の具体的な歴史が主に扱われているけれども——担保信託のそれについても検討されている(特にローマ法とドイツ法についてそうである)点からいつても、利己的な担保信託の発展もまたあわせて考察の対象とされていることが明らかである。ところで、利己的な担保信託にあつて

は、そのいかなる発展段階においても、受託者たる債権者の有する、目的物の処分権あるいは換価権（後述一二頁参照）は、受託者に排他的ないし優先的に帰属させる必要があり、委託者たる債務者に競合的な処分権ないし換価権を認めるわけにいかないことはいうまでもない。

第二に、教授は利他的な管理信託を主要な考察の対象とされるが、その際、委託者と受益者が別人である管理信託の形が典型的な形態として扱えられているといつてよい。歴史的叙述の部分でもこの形態が扱われており、そしてこのことは発展の到達点とされているところの「信託」についての信託法の規定が、かかる形態を典型として規定し、委託者が同時に受益者であつて「委託者ガ信託利益ノ全部ヲ享受スル」場合（信託法五七条）は、むしろ例外的な形態として規定されていることと対応する。ところで、委託者と受託者が別人である管理信託においては（例えば、子や友人の遺児の教育資金としてあるいは配偶者の養老資金として財産を信託するとか、債務者が総債権者に公平、完全な弁済を得させる目的で、財産の保全、管理、換価のために債権者の一人に財産を信託するとか、多数人から募金するための信託とか、遺言の代用となる信託、つまり、他人に財産を信託して受益者を自分の子、配偶者等にしておき、委託者の死亡後に遺志のとおり財産の分配をなさしめるごとき信託（以上の諸例は、四宮「信託法」九頁より引用）においては）受益者が委託者と独立し対立する利益を有するのであるから、その利益を保護するためには、委託者に、受託者の処分権と競合する処分権を与えることはできないし、他面において委託者の委託の目的を尊重するためには、受益者に競合的な処分権を与えるわけにもいかないのは当然であり、従つて結局、処分権ないし管理権は受託者にも専ら帰属することとしなければならない。

なお、信託法は前述の「委託者ガ信託ノ利益ノ全部ヲ享受スル」例外的な場合にも、受託者に排他的管理権を与えるが——このことは、「信託」が管理権の授与のほかに名義の移転をも含むことと対応する——しかし、同法五七条は、委託者＝受益者は、いつでも信託を解除することができると定めて特別に扱っている。（この規定は、処分授權に關して独民法一八三条が「事

前ノ承諾ハ法律行為ヲ爲ス前ニハ之ヲ撤回スルコトヲ得……」と定めていることと対応することというまでもあるまい。)その限りで処分授權に近づける扱いがなされているといえよう。

以上要するに、教授が「信託行為による信託関係」の発展の到達点に「信託」ないし排他的管理権をおくのは、その際前提された考察の対象の性質に規定されたため——つまり、委託者と受益者が別人である管理信託の場合を中心に考察されているため——と解することができよう。ところで私見において、委託者が受託者と競合して処分権を有する処分授權の形態を右の発展の到達点におくのは、その考察の対象が、専ら委託者の利益のための管理信託で、委託者と受託者が同一人である場合だからである。この場合には、前述のように受託者に所有名義を移し従つて受託者に排他的管理権ないし処分権が属するところの信託的譲渡の形態から——信託目的に物権的保護が与えられる段階、従つて「信託」の段階を経て更に——かかる場合の当事者の信託目的により、適合した形態たる処分授權へと転化がなされる(これがより、適合した形態たることは前述九五頁参照)と解するのが——そしてかように処分授權を歴史的に地位づけるのが——正当だと考える。

(iii) 管理信託と処分授權とが密接な関連を有することは *Ludewig* によつても指摘されている。彼は、授權概念(前述八〇頁参照)を基礎づけるためにゲルマン法上の信託(すなわち、信託目的に物権的保護の与えられている形態、従つてわが信託法上の「信託」と基本的に共通性を有する)を援用して次のようにいう。

「私はゲルマン法上の信託における受託者の権限の構成は、ゲルマン法上の信託が全体としてローマ法上の信託よりも(ローマ法上の信託においては信託目的に債権的保護しか与えられていない)より、高い発展を示していると考ええる。いな、それは、*い*の発展のある終局(*gewisse Abschluß*)を形作ると考える。(引用者注。この見解は、前掲四宮教授の論文の立場と一致す

る。)このことは、受託者の専らの利益のためになされているのではないすべての場合(引用者注。管理信託の場合を指す。)に妥当する。……ゲルマン法上の信託が今日の現行法の中に適合するかどうかは一個の問題である。(引用者注。我國の信託法に相当する特別法のないドイツにおいて、ゲルマン法上の信託のように、信託目的に物権的保護を与えることができるかどうかについては前述九四頁で簡単に紹介した。)」

「しかしともかく今日の法は、経済的目的を顧慮して内容上制限されているところの権限の授与を知っている。それは特に我々の意味における被授権者の権限の場合がそうである。授権者は被授権者に、例えば厳格に制限された処分権を与える。この権利行使の授権が被授権者の専らの利益のために与えられたのではない限り、その権限はゲルマン法上の信託権限の本質的性格に相応する内容をもっている。その点において吾人は次のようにいうことができる。被授権者に権利行使の権限が信託的に与えられていると。」(Ludewig, *Ernächigung nach bürgerlichen Recht*, S. 42ff)

かように Ludewig は、授権とゲルマン法上の信託(信託目的に物権的保護の与えられている管理信託の形態)との間の本質的な共通性を指摘し、しかしまたそれにとどまつているのであるが、私は更に、両者を歴史的な発展においてとらえ、歴史的な発展構造からいつて(従つて、現実の歴史が常にかかる過程をたどつたというわけではないが)前者を、後者から発展しその転化した形態として地位づけるべきだと考えるわけである。

3 仮定的債務者の処分授権において想定される右の過程と他人をして売却せしめるために振出された約束手形右に述べたとき、利他的な管理信託における、権利移転の形式による信託的譲渡から処分授権へという発展方式が、仮定的債務者の処分授権においても妥当するか否かを検討しよう。

(イ) 仮定的債務者の処分授権において想定される右の過程

利他的な管理信託における、所有権を信託的に受託者に譲渡する形とパラレルな形を仮定的債務者の処分授権に

いて考えるならば、債務を信託的に負担する形が想定されうる。というのは、甲が乙に債務を負担し、乙が甲に対するこの債権を丙に譲渡する関係と、甲から乙に、乙から丙にと所有権が譲渡される関係とは、いずれも財産的価値が甲から乙、乙から丙へと移転するという点でパラレルな関係にある。従つて、後者における甲乙間の所有権の譲渡が信託的になされるとパラレルな関係において、前者における甲乙間の債務負担行為が信託的になされる関係を想定することができるからである。

かかる信託的債務負担の場合——あたかも信託的な所有権の譲渡の場合に、受託者が処分によつて得た対価を委託者に給付すべき義務を負うのとパラレルな関係において——受託者たる名義上の債権者は、この債権を第三者に譲渡して得た対価を、委託者たる名義上の債務者に給付すべき義務を負うことになり、また、債権の譲受人たる第三者は——あたかも信託的所有権譲渡の際に受託者から所有権を譲り受けた第三者が有効に所有権を取得しうると同様に——有効に委託者＝信託的債務者に対する債権を取得することになると解すべきである(その際その譲受人の取得した債権は、譲渡の際に債務者＝委託者が譲渡人＝受託者に対して反対債権を有していた場合でも、これによつて相殺されることはないことというまでもない。この点は、虚偽表示によつて債務を負担した債務者が、善意の債権の譲受人に対して相殺の抗弁を対抗しうることと対照的である。前述七五頁参照)。

そして受託者は、右の如き管理目的のために、委託者に対する名義上の債権を取得したにすぎないのだから、かかる内部関係上の特約に拘束され、単なる名義上の債務者たる委託者に対して債権の取立を訴求しえないのは当然といわねばならぬ。

ところで、かかる信託的債務負担の形態は——管理信託における信託的所有権譲渡から処分授權へという前述の発

展方式をあてはめると——当初は、信託目的による受託者（名義上の債権者）の処分権の制限には債権的効力しか与えられない（委託者は制限に反して処分した受託者に対する損害賠償請求権によつてのみ保護される）。けれども、次第に物権的効力が付与されるに至る（委託者は直接、制限に反した処分なることを知つて譲受けた者に対し、債務を負担することを免れうる）。

なお、かかる信託的債務負担における信託目的に対する物権的保護は、前述のごとき一般の信託的譲渡におけると異り、（九三頁参照）債権と物権を峻別し所有権の分裂態を認めない法系においても、困難に遭遇しない。というのは、債権譲渡は一般の権利譲渡と異なる側面を有しており、右の法系においても、債務者と債権者間の譲渡禁止の特約は債権譲受人が善意ならざる限りこれに対しても有効とされる（独民法三九九条・日民法四六六条参照）。独逸民法上もこの場合には同法一三七条は適用されない。

更には、委託者が受託者に対して名義上債務を負担する行為すら省略して、単に、受託者に対して、受託者が実際には委託者に対して有していない債権をあたかも有するが如くにそれを譲渡することを授權する形態（すなわち私見による仮定的債務者の処分授權の形態）へと転化するはずである。

もつとも、形式的な債務負担行為をも省略して仮定的債務者の処分授權へと転化する実質的な必要性は、信託的譲渡の場合におけると異つて、存在しないといえるかも知れない。というのは、前述のように（九五頁参照）信託的譲渡の場合、形式的な譲渡を省略して処分授權へと転化することが要求される実際的な理由は、委託者にも受託者と競合して処分権を与えるためであり、処分授權がそれにより、適合した形態だからであつたが、しかし、信託的債務負担の場合には、たとえこれが仮定的債務者の処分授權へと転化しても、それによつて、委託者≡名義上の債権者に、受託者≡名義上の債権者の処分権と競合する処分権が与えられるということは、事柄の性質上ありえない（ここでは委託者

は、いわば処分すべき対象をもたない)からである。従つてその限りでは、信託的債務負担行為から仮定的債務者の処分授權へ転化する實際の必要性はないといえる。しかし信託的な債務負担行為が元来手段的なものにすぎず、実質的意義を有しないのであるから、このことが確認されるに至るならば、当事者の信託目的を端的に反映するところの仮定的債務者の処分授權の形態が是認されるに至るはずである。

そしてかように仮定的債務者の処分授權においては、通常の処分授權と異り、事柄の性質上受託者の排他的な処分権のみが存在するという理由から、仮定的債務者の処分授權の形態は、右に述べたとき、もつぱら委託者の利益のための管理目的に用いられうるのみでなく、受託者の利己的な目的、特に債権担保の目的のためにも用いられうることになる。これについては後述5を参照。

(四) 受取人をして売却せしめるための約束手形の振出と右の過程

それでは、かかる信託的債務負担の形態から仮定的債務者の処分授權へという転化の過程に対応する現象が、現実に見られるであろうか。約束手形の振出の目的が、受取人をしてこれを他に譲渡せしめその対価を振出人に給付せしめるためであるとき場合にこれを見ることができると考える(このほか、同様な目的で無記名債券が発行される場合にも見出しうると考える。しかし以下は、一般的な関心を考慮して、約束手形の場合をとりあげることにする)。

(a) 振出人が受取人に交付した約束手形には、貴殿に対して一定金額を支払う旨のいわゆる支払約束文句が書かれている。受取人に対するこの債務約束は、前述の信託的債務負担行為に該当するものといち、お、解することができであろう。すなわち受取人が、振出人に対して信託的に取得した債権を他に譲渡することによつて、その譲受人は振出人に対する債権を有効に取得することになる。受取人は譲渡によつて得た対価を振出人に委託者に給付すべき債務

を負う。しかし受取人自身が、振出人に対して支払約束文句を理由にして債権の取立を訴求することはできない。というのは振出人の受取人に対する債務負担は、受取人をしてその債権を他に譲渡せしめるための手段にすぎず、要するに信託的債務負担であるからにすぎない。と説明することができよう。

約束手形の振出をかなうな信託的債務負担行為であるとする理論構成を主張する見解は、從來存しなかつたけれども、しかし從來古くから、振出人は受取人に対して無因債務ないし抽象債務を負い受取人はこの無因債権を裏書によつて譲渡する、と一般に解され——もつとも、手形学説の詳細な検討は別の機会にゆづらねばならないが——従つてまた、受取人が直接振出人に対して支払を請求する場合には、振出人が受取人に対して債務を負うことを前提とした上で、原因関係上の事由に基づく人的抗弁（对人的ないし債権的な抗弁）の対抗を受けるとする構成がとられてきたのは、基本的な発想法において、約束手形の振出を信託的債務負担行為とする見解とほぼ一致するといつてよい。

なお、約束手形の振出を無因の債務約束として構成するよりも信託的債務負担行為として（更には、後述のように信託的債務負担行為から転化した形態たる仮定的債務者の処分授權として）捉える方が、手形の法律関係の理解がより、容易になると思う（詳細は後に検討する）。というのは、無因債務の概念は、第四章七(2)(イ)（六〇巻一号八七頁以下）で述べたように、元來は手形債務、無記名債務などを説明するための概念として出発したのだが、その後、清算契約や無因の債務証書等をも含むより包括的な概念に転化することによつて概念の内容が曖昧となり（清算契約や無因の債務証書においては、手形や無記名債権と異り、抗弁切斷の法理は認められていない）、ために手形債務や無記名債務を無因債務として規定することは、その特殊な性格をかえつて不明瞭ならしめる結果を招いているのではないかと思われる。

ところで、右の如き目的で振出された約束手形を受取人がその目的に反して処分した場合に振出人はいかに保護さ

れるか。

まず、振出人が受取人に対して債務不履行による損害賠償請求をなしうる(換言せば債権的に保護される)ことは疑いないであろう。しかし、さらに振出人が手形の譲受人に対して直接対抗し債務の支払を拒みうるか(換言せば物権的に保護されうるか)。この問題は、現行法の構成の上では、手形法一七条に定める悪意の抗弁の問題として扱われるはずである。

例えば、我国の比較的最近の判例(大判昭一二・一〇・八法学七卷一三三頁、同昭一四・六・二二評論二八卷商二二一頁)で、右の如き目的で振出された約束手形であるにかかわらず、受取人が第三者に対して自ら負う債務の辨済としてこれに裏書譲渡し(すなわち、手形振出の目的に反して処分し)、取得者もかかる事情を知りつつ取得した事案について、取得者は振出人に請求しえないとされている。もつとも右の判例はその理由を、悪意の取得者は手形権利そのものを取得しえないとするのに対し、大隅・河本共著「手形法小切手法」一五六頁は、取得者は手形権利そのものは有効に取得しうるが、受取人の義務違反を知りつつこれに加担した者であるから、手形法一七条の悪意の抗弁の問題として処理するべきであると批判している。

ところで、かかる悪意の抗弁は、それが認められるに至つたのは手形法の歴史の上では比較的後の時代のことであり、信義則の適用として次第に判例学説上認められ、これが立法によつても確認されるに至つたのである(竹田「商法の理論と解釈」六三七頁註四、山尾「手形法研究」四頁、平田「手形抗弁の制限」商業経済論叢七卷上冊、河本「手形法における悪意の抗弁」民商法雑誌三六卷四号参照)。約束手形の振出を信託的債務負担行為として把える構成をとるならば、悪意の抗弁が認められていく過程を、信託目的に対して物権的保護が認められていく過程として把えることができるであろう。

(b) しかし私は、約束手形の振出を信託的債務負担行為と解するより一步進めて、仮定的債務者の処分授權と解する方が適切であると思う。もつとも、両者の差異は前述したように（一〇三頁参照）、単なる形式上の差異であり、形式的に債務負担行為をなすか否かにすぎないとせば、約束手形の場合にはたしかに形式上債務負担の文言が存するのだから、仮定的債務者の処分授權と見ることはそもそも不可能だともいえる。しかし約束手形におけるかかる文言が全く形式的なものであること（後述参照）を強調する意味において、約束手形の振出の本質をすでに仮定的債務者の処分授權であるというのが適切であると思う。

なお、仮定的債務者の処分授權と構成した場合、前述の、約束手形振出の目的に反した受取人の処分は、授權の目的に違反した処分として、従つて一種の権限踰越の処分として構成されることになり、代理権の範囲踰越の場合と同じく、相手方の善意ならざる限り、その処分は授權者（振出人）に対して効力を及ぼさず、従つて結局、信託的債務負担行為として構成するのと同様に授權者（振出人）は保護されることになる（前述四七頁参照）。なお、代理權授与の目的に反して代理人が代理行為をなした場合には権限踰越の表見代理として扱われることについては、Emmecerus-Nijpdercy, *at* a. O., § 183, I, 5 を参照。

さて、約束手形における支払約束文句が単なる形式的な文言であることは、約束手形の振出交付にかえて、自己宛で（すなわち振出人と支払人とが同一人で）引受済みの為替手形を振出交付しても同じ効力をもつことから明らかである。すなわち、かかる為替手形の振出交付は約束手形の振出交付と同一の法的效果を有するけれども、ここにおいては、その授与の当事者間において何等形式的にも債務負担の文言は存しないのである。

右のとき自己宛引受済みの為替手形の振出が約束手形の振出にかえて利用されることは、わが国でも取引生活上屢々見ら

れることである(鈴木「手形法小切手法」三二二頁註一参照)。そしてかかる為替手形のほか、為替手形の振出人が作成した受取人白地の為替手形に、支払人が引受をなし振出人に交付(返還)しても約束手形の振出と同じ効果を有するはずである(かかる為替手形の引受人は約束手形の振出人に相当し、また、前者の振出人は後者の受取人に相当する)。

それでは何故に以上の如き為替手形の振出が約束手形の振出と同じ効果を有するか。それは仮定的債務者の処分授權という概念によつて約束手形の振出および為替手形における引受を統一的に構成することによつてその説明が可能になると考える(後述一三一頁以下参照)。

なお、為替手形における支払委託文句が手形の形式的要件にとどまり実質的意義を有しないとすることは、最近では広く認められている(田中耕太郎「手形法小切手法概論」二三一頁、私もこれを正当と考えるが、その根拠としては、特に振出人の支払人に対する支払委託の撤回の場合の法律関係をあげたい。すなわち、支払委託の撤回がなされても支払は有効な指図引受ないし有効な支払をなしうとと解すべきであり(第四章四(3)の六〇巻、一号五二頁および六二頁で「指図」における指図撤回について論じたことは為替手形における支払委託の撤回にも妥当する)、その限りで支払委託文句は形式的な意義しか有しないといわねばならぬ)。しかし私は、約束手形における支払約束文句も、同様に実質的意義を有しないと解すべきだと考えるわけである。

もつとも、為替手形において支払人が引受または支払をなした場合、振出人との間に資金関係が存しそれに基づいて引受または支払がなされたものと推定してよい。だから、支払をなした支払人が為替手形の振出人に償還請求をするためには、支払人の側で、資金が存しないのに支払をなしたこと、従つて委任や事務管理にもとづく償還請求権を有することを立証しなければならない(鈴木前掲書三三〇頁)。それと同様に、約束手形振出の場合も、——これを仮定的

債務者の処分授權として構成した場合でも——一般には振出人が受取人に対して原因関係上有効な既存債務を負いその支払のために約束手形が振出されたもの（後述5・6参照）と推定してよい。従つて、受取人が直接振出人に対して手形金額を請求するためには——通説判例の説く所と同様に——自ら原因関係上債権を有することを立証する必要がある。逆に振出人が支払を免れんとすれば原因関係上債務を負わないことを立証しなければならないことになる。

(c) 以上によつて、信託的債務負担行為の發展とその仮定的債務者の処分授權への轉化の過程は——まだ極めて不十分であり、その充分な論証のためには手形法史および學說史の詳細な分析を必要とするのであるが——約束手形の歴史の中にこれを見出すことが不可能ではないと思う。

なお前述のように（九四頁参照）信託的譲渡の場合においては、その轉化した形態たる処分授權の形態と信託的譲渡の形態とが並存して取引上利用されるという現象がありうるが（そして両者の最も重要な差異は、前者が競合的な処分権を認めるのに反し、後者が受託者にのみ排他的処分権を認める点にあることも前述した）、信託的債務負担行為の場合においては、その轉化した形態たる仮定的債務者の処分授權の形態のほかに信託的債務負担行為の形態が並存して用いられるということは事実上考えられないであらう。前述のように（一〇三頁参照）、両者のいずれにおいても受託者に排他的処分権が与えられ、両者の実質的な差異はない（なお、信託目的に対する物権的保護の問題についても差異はない。前述一〇三頁参照）からである。

4 利己的担保信託の發展とその担保物権（排他的ないし優先的処分権の授權）への轉化

以上において、管理信託の發展とその処分授權への轉化に対応する関係として、受取人をして売却せしめるために振出された約束手形における、信託的債務負担行為の發展とその仮定的債務者の処分授權への轉化について考察した。

ところで、信託的行為には利他的な管理信託とならんで利己的な担保信託がある。他方、約束手形の振出には、受取人をして売却せしめるために振出される場合のほか、債權担保のために振出される場合がある。担保信託と債權担保のための約束手形の振出との間には、右に見たと同様な対応關係が存するであろうか。以下においてまず、担保信託の發展とその担保物權への転化の過程を明らかにし、かつ担保物權の本質的要素が担保權者の目的物に対する換価權ないし処分權であることを指摘し、ついで5において、これに対応する過程が仮定的債務者の処分授權についても、債權担保のために振出される約束手形の中において具体的に見出されることを論証するであろう。

(4) 担保信託すなわち債權担保のために權利を讓渡するところのいわゆる讓渡担保は、物的担保制度の歴史における出発点をなし、これが發展して制限物權としての担保物權へ、とりわけ当事者の担保目的に最もよく適合した制度たる無占有担保物權(抵当權)へと到達する(杣木「担保物權法」一四〇頁以下、石田「抵当權の本質と価値權」法協四七卷五、六号、Enneccerus-Wolf-Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Recht, Bd III, § 129 原田「ロー法」下巻四三頁参照)。

この發展の論理的な過程をつぎのような方式によつて把えることができるであろう。

まず、担保信託における委託者(通常、債務者)と受託者(債權者)の内部關係において、最初は、担保のために受託者に讓渡された所有權は——債務の履行とともに委託者「債務者」に返還されねばならないが——債務不履行のときはそれと同時に永久に受託者「債權者」に歸属する(Verfallpfand 歸属質)。その後、当事者間の特約(売却約款)を媒介として、受託者「債權者」は単に売却してその対価を債權の弁済にあてうる(対価が債權額を超えていれば残りを委託者「債務者」に返し、逆に不足せば、不足分はそのまま債權として残る)にすぎないことになり、その売却の方法も、当事者間の特約を媒介として、任意の売却から、債務者「委託者の利益をより公平に確保しうる公売の方法」へと移る。

右の發展と対応しつつ、受託者と委託者との間の内部關係上の受託者の拘束は、次第に第三者に対する關係においても効力を認められるようになり、換言せば、信託目的の保護が、單なる債權的保護にとどまらず、物權的保護に高められていく。すなわち、受託者が信託目的に反して債務の弁済期前に目的物を売却したとか、被担保債權の消滅にもかかわらず売却したとか、被担保債權が何等かの理由で成立しなかつたにもかかわらず売却した場合に、当初は、取得者は完全に所有權を取得しえ、従つて委託者は受託者に対する債權的な損害賠償請求權によつてのみ保護されたのが、次第に、取得者は所有權を取得しえず、委託者は物權的に保護されるに至る。もつとも、善意の取得者を保護して取引の安全を確保する必要から、その要件として、受託者への所有權の移轉が債權担保の目的によるものであることを公示することが要求され、また公示方法の存しない場合には、取得者の惡意が要件とならなければならない。

なお、ここでも前述（九三頁）したと同様な關係において、物權と債權を峻別し所有權の分裂態を認めぬ法系においては、信託目的に物權的保護を認めることは困難となる。

ところで、かかる公示方法として、登記簿への記載が考えられるが、しかし、これによつて所有權の移轉が担保の目的のためなることを公示するよりも、むしろ最初から所有權自体を移すことなく（従つて、信託的譲渡の方法をとることなく）、債權者が目的物に対する売却權を有することを公示する方法をとるほうが当事者の目的により、適合するといえる。というのは、右に見たように債權者たる受託者の目的物に対する權能は、担保信託の發展の結果、實質的には單なる売却權にまで縮限されているのであり、従つてこれを公示するだけで充分となるからである。のみならず更に重要な理由として、委託者＝債務者に所有名義を残しておくことは、委託者＝債務者に債權者の売却權に牴触しない限度での処分權を与えるために便宜だからである。

(四) かようにして、債権担保のための信託的譲渡の発展として、所有権から次第に売却権が独立し、これが公示方法と結びつくことによつて形式的にも独立した権利(制限物権たる担保物権)となつてあらわれる。そのうち公示方法としての占有と結びついてあらわれるのが質権であり、公示方法としての登記と結びついてあらわれるのが抵当権である。そしてかかる担保物権においては、担保のための売却権という目的制限は、物権的に保護される(これは、担保信託における信託目的の物権の保護と同じ意義を有することでもない)。「担保物権は被担保債権が消滅すればそれに伴つて消滅し、またその不成立のときも成立しえない」とするいわゆる担保物権の附従性の理論は、その表現にほかならない(なお以上述べた譲渡担保から担保物権へという発展の過程は、主にその論理的な発展構造をとらえたものであり、現実の歴史が常にかかる発展の過程をたどつたというわけではない)。

以上述べたところから、担保物権の基本的性格が債権担保のための他人の権利の売却権であることが明らかである(正確には、売却以外の場合によつては、利用、強制管理等による換価の権能を含むから、換価権といつた方がよいかも知れない。しかし売却権が中心的意義を有することは疑がない。なお、Eneccerus-Wolf-Raiser, a. a. O., § 191 は換価権 Verwertungsrecht を担保物権の本質と見る)。

従つて、担保物権の設定をもつて、処分授權の一種として把握することができる。もつとも通常の処分授權においては、処分権が被授權者とともに授權者(所有者)にも競合的に帰属する(前述九五頁参照)のに反し、ここでは、処分権能は担保権者に排他的に帰属し、担保権設定者(所有権者)には帰属しない。より正確にいえば、担保権設定者(所有権者)は処分権を有するも、その処分は担保権者の処分権に抵触する限度でその効力を失うことになるから、担保権者の処分権を排他的、というよりも優先的処分権といつた方がよいであろう。なお、担保権者が目的物の換価によつて

得たものを他の債権者に優先して自己の債権の弁済に当てうる権能は、かかる排他的ないし優先的処分権から派生するものとしてとらえることができる。

補説

通常の処分授権と担保物権設定における処分授権との間の右の如き相違から（両者はともに他人の財産を自己の名で処分しうる関係であるにかかわらず）、一方は物権として構成され、他方は物権として構成されない結果を生ずる。なお、信託法上の「信託」における受託者は、担保物権者とはほぼ同様に、しかしここではより正確な意味において排他的管理権を有するけれども、所有名義が受託者自身に有するために、この排他的管理権は他物権としては構成されない。

更に付説せば、右の三者の異同はその歴史的な関連の中で把握しなければならない。すなわち——今まで述べてきたことの要約になるが——(イ)委託者と受益者が同一である利他的管理信託(ロ)これが別人である利他的管理信託(ハ)利己的担保信託の三つは、いづれも信託的譲渡から出発し、信託目的の物権的保護の段階（従つて信託法上の「信託」に相当する段階）へ発展するが、その後更に、(イ)は処分授権、(ロ)は担保物権へと転化するに至る。

(ハ) 以上要するに担保信託すなわち譲渡担保の発展は、信託目的の保護が債権的なそれから物権的なそれへ高められ、更に、担保物権へと（従つて、排他的ないし優先的な処分授権へと）転化するに至る。そしてこの最後の段階においては形式的にも本来の信託関係たることをやめる（所有名義も残さないから）のである。

しかしかようにいうことは、今日、担保信託ないし譲渡担保の形態が債権担保の方法として全く用いられていないことを意味するのではない。この形態は今日においても担保物権の形態と並んで用いられうる。とくに、動産を債務者に引渡さずに担保化するためには（動産抵当権は原則として認められないから）この形態に頼らざるをえないし、質権や抵当権における換価手続は煩雑なためにこれを簡易化する手段としても利用されている（我妻「担保物権法」二二五

頁、柚木「担保物権法」三八七頁。

ところで、今日この形態が用いられる場合、信託目的に違反した受託者「債権者の処分の際に委託者」債務者に物権の保護が与えられるか、それとも単に債権の保護しか与えられないかは問題である。しかし、問題の様相は基本的には管理信託について述べた所と異ならない(前述九四頁参照)。すなわち、物権と債権を峻別し所有権の分裂態を認めぬ法系においては物権の保護を認めることは困難であり、特にドイツにおいては独逸民法一三七条との関係で困難である。

かかる理由から、ドイツにおいては原則として債権の保護しか認められないとされている。ただし信託目的に反する処分なることを知つて目的物を取得した者は場合により不法行為に関する独民法八二六条(善良ナル風俗ニ反スル方法ヲ以テ故意ニ他人ニ損害ヲ加エタル者ハ之ニ対シ損害賠償ノ義務ヲ負ウ)により委託者「債務者に損害賠償義務を負うとされる」(Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., § 148, II, 1, a, 2; Lehmann, a. a. O., § 34, II 2 b 2, Staudingh-Coing, a. a. O., 16 Lief. S. 524)。その限度で事実上物権の保護に近い保護が与えられているといえよう。さらに、特約によつて被担保債権の消滅を解除条件とする信託的譲渡や被担保債権の成立を条件とする信託的譲渡も有効とされ——「かく解することは一三七条からいつて疑問であるにもかかわらず」(Lehmann 前掲書)——ている。更に進んでかかる明示の特約がなくも疑わしきときはこれを推定すべしとする見解も学説上有力に主張されている(Enneccerus-Wolf-Raiser, a. a. O., § 179, Anm. 16; Anm. 29)。ただしかかる条件を知らずに善意で取得した第三者は保護される(条件成就を知らずに善意で取得した場合は独民法八九二条、九三三条以下の善意取得による。条件成就前に——被担保債権の弁済前に——条件の付せられていることを知らずに取得した者は一六一三条三項によつて保護される)。もつとも、不動産所有権の譲渡にはかかる条件を付しえな

い（独民法九二五条）。

かようにしてドイツでは、物権的保護を与えることが法体系の上で困難であるにもかかわらず、取引生活の必要性に迫られて判例・学説は物権的保護を認める方向に進んでいるといえよう。なお同じ趣旨から、判例・学説は、受託者＝債権者の破産の場合に委託者＝債務者に取戻権を、前者に対する他の債権者からの強制執行の場合に後者に異議権を、それぞれ認める（Enneccerus-Wolf-Raiser, § 180, IV, 2; Lehmann, § 34, 2bB）。

わが国では、管理信託については、前述のように特別法たる信託法の適用によつて信託目的に物権的保護が与えられているが、しかし担保信託にはこれに相当する特別法は今の所存しない（将来特別法が立法されることが期待されている。四宮「譲渡担保法要綱改訂第二試案解説」（立教法学二号、三号）。そこで解釈論として、信託法の規定を可及的に準用し物権的保護を与えるべきだとする見解が主張されている（四宮前掲論文、四宮「譲渡担保」（総合判例研究叢書民法一七）二〇〇頁、そのほか末弘「債権総論」二四八頁、近藤「物権法論」一一三頁）。しかし判例および多数説は、債権的保護を与えるにとどまり（我妻前掲書二三四頁、柚木前掲書三九二頁、判例については四宮前掲「譲渡担保」参照）ドイツの判例学説よりもむしろ遅れているといつてよいであろう（とくに委託者＝債務者に異議権・取戻権を認めていない）。

5 仮定的債務者の処分授權において想定される右の過程と担保のために振出された約束手形

右に見たとき担保信託の発展とその担保物権へ（従つて排他的ないし優先的処分授權へ）の転化という過程は、仮定的債務者の処分^後債権についても見出されるであろうか。これを検討するためにはまず、仮定的債務者の処分授權において想定される右の過程を明らかにしなければならない。

(4) 仮定的債務者の処分授權において想定される右の過程

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（三）（安達）

3 (4) の冒頭で述べたと同様な理由から、担保のための所有権の信託的譲渡に対応する関係として、担保のための信託的債務負担行為を想定することができよう。そして担保のための所有権の信託的譲渡の場合に、受託者「債権者が目的物を売却してその対価をもつて被担保債権の弁済にあてうると同様に、信託的債務負担のときも受託者たる信託的債権者」被担保債権の債権者は信託的債権を売却して被担保債権の弁済にあてうることになる(譲受人は委託者たる信託的債務者に対して有効に債権を取得する)。

もつとも、前者にあつては被担保債権の弁済期前には(目的物を)売却せざる義務を負うが、後者では、信託的債権の内容が被担保債権と同種の種類債権であるならば、売却された信託的債権と同じ額だけ被担保債権も消滅するという効果を伴つて、被担保債権の弁済期前でも信託的債権を売却しうると解するものが適當である。それによつて債務者の利益は何等害されないからである。そして債務者の利益を確保するための公平な売却方法ということも、被担保債権と信託的債権とが同種である限りは、売却された信託的債権の額面高の限度で被担保債権も消滅とする約定があると解しうること(かく解することは当事者間の公平をはかるうえからも必要である)、特に考慮する必要はなく、極端に言えば贈与であつてもよいと解すべきである。しかし、被担保債権の消滅ないし不成立のときは、信託的債権者はこれを売却せざる義務を負うこと、所有権の信託的譲渡におけると同様である。

ところで、右のごとき担保のための信託的債務負担行為における受託者「債権者の、委託者「債務者に対する義務は——担保のための信託的譲渡における発展と同じく——当初の債権的保護のみの段階(すなわち委託者たる債務者は、義務に違反した受託者に対する損害賠償請求によつてのみ保護される段階)から、物権的保護の段階へ(すなわち義務に違反せる受託者から悪意で信託的債権を譲受けた者に対し、直接委託者たる債務者は債務を負うことを免れうる段階へ)発展する(前述

一〇三頁に述べたと同様な理由から、ここでは担保のための信託的譲渡の場合と異り、債権と物権を峻別し所有権の分裂態を認めぬ法系にあつても、物権的保護を認めることは困難でない。

更に進んで——譲渡担保から担保物権（つまり排他的ないし優先的処分権）への転化に対応する過程として——委託者が受託者に対して名目的に債務を負担する行為すら省略して、単に受託者に対して、債権担保のために、受託者が実際には委託者に対して有していない債権をあたかも有するが如くに譲渡することを授權する形態（仮定的債務者の処分権の形態）へと転化するはずである。もつとも、譲渡担保においては、それが担保物権に転化することが要求される実際の理由として、委託者＝債務者に、受託者の売却権と抵触しない限度で目的物を処分する権能を与えるためにはそれが要だという事情が存した（前述一一一頁参照）。しかしここでは、委託者たる信託的債務者がたとえ仮定的債務者の処分権の授權者に転化しても、いかなる限度においてであれ目的物に対する処分権を有するに至るということは性質上ありえない（性質上、被授權者のみが処分権をもつ。授權者はいわば処分すべき目的物を何等有しないから）、従つてその限りで、名目的な債務負担行為を省略して仮定的債務者の処分権に転化するための実際上の必要性はないともいえる。しかし当事者の信託目的を最も端的に反映した形態として仮定的債務者の処分権の形態が是認されるに至るはずである。なお、担保のための信託的譲渡の場合に、それが担保物権へ転化するために必要だつたところの担保物権の公示という要件は、ここではそもそも公示を必要とする根拠が欠けているからこの要件を問題にする必要はない。というのは、担保物権設定者と異つて仮定的債務者の処分権における授權者は（この両者はパラレルな関係に立つけれども）そもそも処分する目的物を有せず、従つて取引安全のためにその処分権の制限を公示することは問題にならないからである。

(四) 狭義の債権担保のために振出される約束手形に右の過程が妥当するか

右のごとき、債権担保のための信託的債務負担行為の発展とその仮定的債務者の処分授權への転化という過程は、既存債権の担保のために振出された約束手形において現実に見出されると思う(なお、ここでいう「既存債権の担保のための振出」という語は、従来この言葉によつて一般に解されている意味よりも狭い意味であり、「既存債務の支払のための振出」と同義でなく、その一つの場合である。それについては後述6(4)bを参照)。もつともこの問題の性格は、基本的には、他人をして売却せしめるために約束手形の振出される場合(前述3(四))と同様であるから詳説する必要はないであろう。

「貴殿に対して一定金額を支払う」という文言による債務約束は、信託的債務負担行為として把えることができ、そしてここにおける「(右に述べた如き意味での狭義の)既存債権の担保のため」という信託目的は、悪意の抗弁という構成によつて次第に物権的効力をもつて保護されるに至る。しかし債務負担の文言が全く形式化している現在、むしろ端的に約束手形の振出の本質を仮定的債務者の処分授權と解した方が正当と考えられる。【なお、仮定的債務者の処分授權として構成した場合、既存債権たる被担保債権が消滅すと、それを解除条件としてなされていた仮定的債務者の処分授權(約束手形の振出)は効力を失うが、それを有効に存続すると誤信して譲受けた者はあたかも、代理権消滅の場合の表見代理と同様に保護される。また、被担保債権がたまたま有効に成立していなかったときは、それを条件としてなされていた仮定的債務者の処分授權は効力を失うが、善意の譲受人は、授權証書たる性質を有するところの手形を呈示されて譲受けた者であるから、代理権授与の通知による表見代理(独民一七二条一項、日民一〇九条)と同様の理由により保護されると解すべきである。】かようにしてここでも、信託的債務負担行為の発展とその仮定的債務者の処分債権への転化を見出しうらと思う。

なお、前述したところから（一一六頁参照）狭義の既存債権の担保のために振出された約束手形は、既存債権と手形債権と同じく金銭債権である限り、反対の特約なき限りは既存債権の弁済期前にも譲渡しうる——そして譲渡によつて既存債権は対等額において消滅する——と解すべきである（反対の特約あるにかかわらず譲渡すれば、信託目的違反の譲渡として、また——仮定的債務者の処分授權による構成をとれば——授權の範囲を超えた処分として、悪意の抗弁が問題になる）。

そして譲渡をなしうる以上は、受取人が他人に対して負う債務の担保のために譲渡することも可能と解すべきである。しかし、かかる受取人自身の債務の担保のための譲渡は、自らの債務の弁済を解除条件とする譲渡であつて確定的な譲渡ではないから、譲渡によつて最終的に対価を得たとみなすことは妥当でなく、従つてかかる譲渡によつては、受取人が振出人に対して有する既存債権は被担保債権が対等額において確定的に消滅することはないと解すべきである。同様に、受取人が第三者に譲渡するにあつて、みずから、譲受人が振出人に対して取得すべき債権の担保のために保証債務ないし連帯債務（もしくは法定の償還義務）を負うときも、これらの債務の支払を解除条件とする譲渡と解すべきであるから、かかる譲渡によつては受取人が振出人に対して有する既存債権は被担保債権は確定的には消滅しないと解すべきである。いずれの場合も、振出人が譲受人に弁済することによつて解除条件は不能に歸したと見るべきであるから、右の既存債権は被担保債権は確定的に消滅するに至るのはいうまでもない。通説が、担保のために振出された約束手形の譲渡の場合に關して「受取人の振出人に対する既存債権は、受取人が『後者』から償還請求を受けるおそれがなくなつて、対価を決定的に収めたとき消滅する」（鈴木前掲書二二一頁、田中耕太郎前掲書二二四頁、伊沢前掲書二五三頁）ということは右のような意味において理解さるべきであると考ええる。

担保物権の随伴性の如き關係が、狭義の既存債権の担保のために振出された約束手形にも見られるであらうか。

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾（三）（安達）

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三) (安達)

一一〇

まず、狭義の既存債権の担保のために振出されたものであることを知りつつ、受取人から既存債権とともに約束手形を譲受ける場合には(約束手形のみを譲受の場合と異つて)、譲受人はあたかも被担保債権を担保物権とともに譲受けた者と同様に、被担保債権を取得するとともに、約束手形をその担保のために利用しうる地位を承継する——換言せば、担保のための信託的債権(もしくは担保のための仮定的債務者の処分授權における被授權者の地位)をそのままの形で取得する——にすぎないと解すべきである。従つて振出人に信託的債務負担者ないし授權者は、たまたま既存債権がすでに消滅しているのにそれを知らずに譲受けた(右の如き)譲受人に対しても、既存債権の消滅を理由に支払を拒みうると解すべきである。

そして狭義の担保のために約束手形が振出されている場合に既存債権のみを譲受けた者は、担保物権の随伴性とはば同様な趣旨から約束手形の譲渡をも——但し前述のごとき譲渡の効果を伴つてのみ——請求しうると解すべきであろう。(もつとも、右にいう狭義の既存債権担保のための振出と既存債務の支払のための振出とは必ずしも同義ではないから(6(i)bを参照)後者の目的で約束手形が振出された場合において、随伴性について以上述べたことが直ちに妥当するわけではなく、そのうちの極めて稀な場合に限られる。それについては後述6(i)c参照。

6 その他の目的のために振出される約束手形

(i) 既存債権の譲渡を確実ならしめるための約束手形の振出

(a) 右に述べた狭義の既存債権の担保のための振出と極めて類似したものとして、既存債権の譲渡を確実ならしめるための約束手形の振出がありうる。すなわち指名債権の譲渡にあたつて、この債権が果して有効に存在しているか否かは譲受けようとする者にとつては必ずしも確実には解らず、そしてもし有効に存存していなければ譲受人は不測の損害を蒙ることになるから(指名債権譲渡の際、債務者は譲渡人に対抗しえた事由をもつて譲受人に対抗しうる。独民法四〇四条、日民法四六八条二項)この不安を免れさせるために、あらかじめ債権者(譲渡人)が債務者に頼んで、既存債権

と同額の約束手形を自己にあてて振出して貰うという方法が考えられる。受取人はかかる約束手形を指名債権とともに譲渡し、その結果譲受人は、債務者が譲渡人に対抗しえた事由をもつて譲受人にも対抗しうる指名債権と、(約束手形の振出＝仮定的債務者の処分授權の結果として)抗弁の切斷された手形債権との二つの債権を取得する。しかし債務者(振出人)が譲受人に対して両債務のいずれかを弁済することによつて他もその限度で消滅することになる。(もつとも、かかる目的で振出された場合でも、受取人が手形のみを譲渡することも不可能とはいえないであらう。後述一二三頁註、中段参照。しかしその場合も、右の両債権のうち一方が辨済されれば他方も消滅することになる。)

かかる約束手形の振出の場合には、前述の狭義の既存債権担保のための振出の場合と同じく、既存債権の存在が前提されているが、前者においては後者と異つて、約束手形が既存債権とともに譲渡されることが当事者の間でいさう予想されている点で異なる。しかしその他の手形の処分に関する内部的な拘束については全く同一である(既存債権の消滅のとき、あるいは既存債権が何等かの理由で、有効に成立せざりしときは受取人は手形を譲渡せざる義務を負う)。

(b) 従来、既存債権を前提としその支払のために約束手形が振出される場合を一般に担保のための振出として把え、右の両者を区別していない(両者とともに既存債務の支払のための、あるいは、担保のための振出という)のであるが、理論上はこれを区別すべきであると考ええる。もつとも前述のように両者は極めて類似しており、振出人(債務者)の手形譲受人に対する地位は実質的には殆ど変らないから、振出人が既存債務を前提としてその支払のために約束手形を振出すにあたつて、その目的を嚴格に右のいずれかの一つに限定することは實際上なく、従つて通常は既存債務の支払のために、約束手形が振出されれば、受取人は右の兩目的のいずれのために用いてもよいといわねばならない。

換言せば、受取人は狭義の既存債権の担保のための手形として扱つて手形のみを譲渡してもよいし、既存債権の譲渡の确实

指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三) (安達)

一一二

のための手形として扱つて既存債権と手形を同時に譲渡してもよい(また後述のように手形のみを譲渡してもよい)といわねばならぬ。なお、従来も、既存債権の支払のために振出された約束手形を既存債権とともにでも、これと別にでも、譲渡しうることは一般に認められている(鈴木前掲書二三三頁)。しかしその理論的前提として、右の両目的を区別することが必要だと考える。

しかし厳密にいえば、もし既存債権の支払のために約束手形を振出すにあたり右の両目的のいずれかに制限されているならば、受取人はこの目的に従つて手形を譲渡すべき拘束を受け、そしてこの拘束は、悪意の譲受人に対しては物権的効力をもつて(現行法の構成のうえでは悪意の抗弁により)保護さるべきである。この保護は、信託的債務負担行による構成においては、信託目的に対する物権的保護の意義を有し、仮定的債務者の処分授權による構成においては、授權された権限の踰越の処分行為に對する授權者の保護としての意義を有することというまでもない。

この結果——現実にかかる事態が生ずることは稀であるが問題の理論的解明のためにあえて付説するならば——特に狭義の担保のために限定して振出された手形を、それと知りつつ既存債権とともに譲受けた場合には、前述のように(二二〇頁参照)あたかも被担保債権と担保物権とを譲受けた場合の如く、譲渡人たる受取人の地位をそのまま承継するにすぎない(被担保債権と、それを担保するための信託的債権、ないし担保のための仮定的債務者の処分授權における被授權者たる地位、を取得する)。しかし特にかかる目的に限定されていることを知らずに既存債権とともに譲受けた場合には保護され、債権譲渡の確実をはかるために振出された約束手形の譲受人としての地位におかれることになる。

また、特に既存債権の譲渡の確実をはかるために限定して振出された約束手形をそれと知りつつしかも既存債権とともにではなくてそのみを譲受けた場合、——特に右の目的に限定して振出された場合でも、かかる手形のみを譲渡が振出人に債務者を害することは別段ないからかかる譲渡も許されると解してよい——譲受人は(抗弁の切斷された)手形債権のみを取得す

る。しかしこの場合には手形債権と既存債権とはその帰属者を異にし、そして一方の債権（特に既存債権）が弁済等によつて消滅すれば他も（特に手形債権も）その限度で消滅すると解すべきであり、従つて結局、既存債権の譲渡の確実をはかるために目的を限定して振出された手形なることを知りつつ手形のみを譲受けた者は、不利な地位に立たされることになる（それを知らずにただ既存債権の支払のための手形なることをのみ知つて手形だけを譲受けた者は、狭義の担保のために振出された手形の譲受人として扱われえ、従つてたまたま受取人に帰属する既存債権が弁済によつて消滅しても、手形譲受人の地位は覆されることはありえない）。もつとも、既存債権の消滅によつて譲受人の有する手形債権も消滅した、という事情を知らずに譲受人から更に手形を取得した者は、保護される（この点については後述一三一頁参照）。その結果、振出人は二重の弁済を余儀なくされる結果にはなるが、しかし振出人は、受取人が有する既存債権を弁済するにあたつては手形と引きかえになせばよいのであるから、かかる事態を未然に防ぐことは可能である。

(c) なお、債権譲渡の確実をはかる目的のための約束手形の振出の場合には、たとえ受取人から既存債権のみを譲受けた者であつても、右の如き約束手形の振出＝仮定的債務者の処分授權がなされている効果として、あたかも約束手形とともに既存債権を譲受けた者と同じ地位に立つと解すべきか（既存債権をそのままの形で——抗弁の付着したまま——譲受けるほか、抗弁の切斷された新たな手形債権も取得するか）は問題である。既存債権の有効な存在を条件として手形振出＝仮定的債務者の処分授權がなされていると解すべき限り、たまたま既存債権の不存在の場合には授權の効力も失われることになり、かつ、手形＝授權証書の呈示なくして既存債権のみを譲受けた者は、その当時既存債権の不存在を知らずに譲受けた場合でも、表見法理による保護を受けることはできないはずであるから（表見代理に関する独民法一七二条参照。同条は、代理権存在の外観を信じて取引した相手方のみを保護する趣旨であり、信すべき外観の存在しないときは表見代理の成立を認めないとするものであつて、この理はわが民法についても——従来必ずしも明確に論じられていないが——妥

当すべきである。従つて既存債権のみの譲受人は、抗弁の付着したままの既存債権のみを取得すると解するのが正当であろう。そして右の譲受人は、後に手形をも取得したとき（そしてその際既存債権の不存在を知らなかった場合）はじめて抗弁の切斷された新たな手形債権をも取得すると解すべきであろう。

ところで、受取人から既存債権のみを譲受けた場合に、これを債務者へ振出人から取立てるためには、手形とひきかえでなければならぬから、右の譲受人は譲渡人たる受取人に対し、手形の譲渡を（前述のごとき効力を伴つた手形の譲渡を）請求しうるといわなければならぬ。

以上の意味において、既存債権の譲渡の確実のために振出された手形は既存債権に随伴する。ここに見られる随伴性は、狭義の既存債権の担保のために振出された手形における随伴性（前述一二〇頁）とその効力が異り、既存債権の譲受人にとつてより有利である。そして、前述のように、単に既存債務の支払のために約束手形が振出されたときは、既存債権の譲渡の確実をはかる目的で振出された手形としての意義をも有しうから、既存債権のみの譲受人は、右の如きより有利な効力を伴う手形の随伴性を主張しうると解してよいことになる（前述一二一頁参照）。

以上論じた手形の随伴性については、我国ではあまり論じられていないようであるが、私見は結論的に見て、米国商業証券法第三節一二〇一、第三項の規定と同趣旨となる（伊沢「米国商業証券法」一三一頁註七註八参照）。

いづれにせよ既存債権を譲渡した受取人は、手形を保持していても実質的には何等振出人に対して債権を有していないから、振出人がこの者に支払つても（正確には債権譲渡の通知を得た後で支払つても）その弁済は無効とすべきである。

もつとも、判例はこの結果を認めず手形を保持せる受取人は手形債権を請求しうるとする（大判昭一七・四・一）。しかし大隅・河本前掲書四二三頁は判例に反対し「債務者が既存債権の譲渡通知をうけているとき、あえて手形所持人（既存債権の譲渡人）に支払うことは、既存債権譲受人に対する債務者の不法行為責任となりかねない」という。その理論構成は必ずしも

明確にされていないが、實際問題の解決としても私見の構成による解決がより妥当ではないかと思う。

(d) 右に述べた既存債権の譲渡の確実をはかる目的で振出される約束手形についても、狭義の既存債権の担保のためのそれと同様に、信託的債務負担行為の発展とその仮定的債務者の処分授權への転化の過程が考えられる。そしてこの場合に見出される債権譲渡の確実をはかるための仮定的債務者の処分授權は、通常の処分授權において考えられるところの、権利譲渡の確実をはかるための処分授權に対応するといえよう。すなわち、ある物の所有権を譲渡しようとする者が真に所有者であるかが譲受人にとつて確実にはわからず、第三者が所有者であるかも知れないとき、譲渡の確実をはかるため、あらかじめこの第三者から譲渡人に処分授權をなさしめた上で譲受ける、従つて、たまたま所有権が譲渡人に属せず第三者に属していたときも譲受人は有効に所有権を取得しうる、という処分授權の形態に対応するといえよう。(そしてかかる処分授權の先行形態として、かかる目的でなされる信託的譲渡の形態を——すなわちもし第三者たる信託的譲渡人に所有権が帰属していた場合には、この者は信託的譲受人に対する内部関係においては所有者たることを主張しうる意味での——考えることができる。)

なお、我民法四六八条一項に定める異議を留めざる債務者の承諾は、私見によれば、仮定的債務者の処分授權を規定したものであるが、ここに見られる仮定的債務者の処分授權は、通常は、債権譲渡の確実をはかるためのそれであり、従つて、右に見た如き約束手形に見られる仮定的債務者の処分授權と同一の目的を有することになる。

(四) 既存債務にかえて振出される約束手形および売買・贈与を原因として振出される約束手形

(a) 約束手形が既存債務に代えて振出される場合には、既存債務が消滅し受取人は手形上の権利のみを有するのであるから、ここでは今まで述べて来た振出の場合とは異つて、支払約束文句に表現されている債務約束は文字通りの

それであつて、信託的債務負担行為として(従つてまた、仮定的債務者の処分授權として)把えることは不可能であるように見えるかも知れない。(すなわち既存債権の支払のための振出の場合には、それが狭義の担保のための振出であろうと債権譲渡の確実をはかるためのそれであろうと、私見によれば受取人はかかる目的のために信託的に債権者となる、ないしは、仮定的債務者の処分授權における被授權者となる、にすぎないから、受取人が振出人に対して請求しうる実質的根拠は既存債権のみである。(ただし約束手形が振出されている以上は一般に既存債権が有効に存在していると推定しうるから、受取人の方で既存債権の有効な成立を立証する責任を免れることにはなる。前述一〇八頁参照)。ところが、既存債務に代えて振出されるときは既存債権が消滅してしまうから、結局、受取人が振出人に請求しうる実質的根拠としては、支払約束文句のみが考えられるように見えるからである。)

しかし私はこの場合も、基本的には前述の既存債権の譲渡の確実をはかるための約束手形の振出と異ならないと考える。すなわち結論から先にいえば、かかる約束手形の振出によつて、一方で既存債権に代つて(更改によつて)振出人と受取人の間に新たな債権が発生し、他方でこの新たに発生した債権の譲渡を確実ならしめるための約束手形の振出＝仮定的債務者の処分授權がなされる関係だと解する。

(b) まず、既存債務に代わる約束手形の振出をもつて受取人に対する文字通りの債務負担行為であり、かつ、それに限られると解するならば、振出人はこれを弁済とか免除によつて消滅させることができるはずであり、かくして一旦消滅した債権は元来これを譲渡しても譲受人に――それが善意であろうと――取得させることはできないはずである(債務者は譲渡人に対抗しえた事由を譲受人に対抗しうる独民法四〇四条、日民法四六八条二項)。しかしいうまでもなく善意の取得者は保護さるべきである。

それではいかなる理論的根拠が考えられるか。物権変動における善意取得とパラレルな性質を有する一種の善意取

得によつて、債権が消滅することを知らざりし善意の取得者は保護され、手形法はかかる善意取得を認めたものとして説明する方法が考えられるかも知れない(前述七四頁および七八頁に述べたところの、独民法四〇五条と同趣旨の一種の善意取得である)。

なお、手形債務が無因債務ないし抽象債務だから善意の取得者は保護され得るという明は無意味である。というのは、第一、もし独民法七八一条以下に定める無因の債務約束だという趣旨でいわれているのなら、同条の無因の債務約束においては抗弁切断の効力は生じない(第一章四、五九卷三・四合併号六九頁参照)。

また、第二に、もしも手形や無記名債権に独特な、取引安全の必要から法律で認められた特殊な抽象債務ないし無因債務だからという趣旨でいわれるならば、それは問をもつて問に答えるものである。手形債務の抽象性がいかなる論理的構造を有し私法体系上いかなる地位を占めるか、すなわち他の諸制度、諸概念といかなる論理的関連を有するかを具体的に明かにしてはじめて解答となりうるからである。

しかしながらかかる善意取得の構成によつては、たしかに譲受人はあたかもその債権が譲渡人において有効に存在していたかの如くに債権を取得しうるけれども、しかし他方、「もし譲渡人において有効に存在していた債権の譲受人であるならば、債務者が譲渡人に対して有していた反対債権によつて債務者から對抗されたであろう相殺の抗弁」をもつて譲受人は——反対債権の存在を知らずに譲受けたときでも——債務者から對抗されることを免れえないはずである(前述七四頁参照)。しかしかかる結果はいうまでもなく認めるべきではない。(もつとも、取引迅速性の要求からして、独民法四〇五条の要件は緩和され、効果も強められるから、かかる結果は生じないとして——強いて説明しようとすれば——説明しうるかも知れない。この点について前述七八頁(6)を参照)。

のみならず——我國の近時の学説においては、一般に手形における抗弁切断の法理を、かかる善意取得の構成で説明する指名債権譲渡における債務者の異議なき承諾(三)(安達)

のが支配的なようであるが——しかし、かかる構成によつては、第一に、受取人をして他に手形を売却せしめてその対価を給付せしめるために振出した約束手形（前述一〇四頁以下参照）もしくはいわゆる融通手形の場合における抗弁切断をも統一的に説明することはできない。というのは、ここにおいては、譲受人はたとえ、受取人（譲渡人）が振出人に対して何等原因関係上の債権を有しないことを知つて譲り受けた場合（すなわち、悪意の譲受人）であつても、振出人に対して有効に債権を取得しえ、抗弁は切断されるからである。第二に、かかる構成では、約束手形と為替手形を統一的に説明することができない。とくに、為替手形における引受もしくは支払の、いわゆる無因の性質を抗弁切断の法理と関連させて説明することができないであろう（私見による両手形の統一的構成については、後述一三一頁以下参照）。

右のごとき理論構成上の欠陥からいつても、善意取得の構成は妥当でないとわなければならない。

私は右の如き第三取得者に関する法律関係を説明するためには、既存債務に代えて約束手形の振出される場合にも、他の目的で振出される場合と同様に、この中に信託的債務負担行為が（より正確にはその純化された形態たる仮定的債務者の処分授權が）含まれていると観念しなければならぬと考える。

(c) ところで、かかる約束手形における振出人と受取人の間の直接の關係において、受取人が振出人に対し請求しうる根拠としては、既存債権は既に消滅している以上これを考えることはできないし、他面、上述のように、かかる約束手形にも含まれているはずの信託的債務負担行為ないし仮定的債務者の処分授權も、それだけではその実質的根拠となりえないこというまでもない。従つてかかる約束手形の振出の中には、——受取人の振出人に対する請求を認めうる実質的根拠として——既存債務に代つて新たな債務（つまり、手形に記載された内容を有する債務）を生ぜしめる更改契約が含まれていると解すべきであると考える。

(d) 以上によつて結局、既存債務に代えて約束手形が振出される場合には、まず、そこに含まれている更改契約に

よつて、既存債務に代つて新たな債務が振出人と受取人間に生じ、(もつとも既存債務がたまたま実際には存在していなかったときは更改契約は無効となり新債務は発生しない。また、更改契約の効果として、既存債務に付着せる狭義の抗弁権や担保権は、原則として新債務にひき継がれない。これらは更改に関する法則からして当然のことである。)それとともに、この新債務の譲渡を確実ならしめるための信託的債務負担ないし仮定的債務者の処分授權が、約束手形の振出によつてなされていると解すべきことになる。従つて、他の目的で振出される場合と同様に、ここでも約束手形それ自体は、授權証書としての意味をもつことになる。

かかる構成は、既存債務に代えて手形を振出すのは理論上必然的に代物弁済でなければならぬとする現時の通説(我妻前掲書一五三頁、於保前掲書三六三頁、田中耕前掲書二二五頁、鈴木前掲書二二三頁等)と真向から対立することになるが、通説のように代物弁済と構成することは、果して、既存債権のたまたま存在しないときには、受取人は振出人からの抗弁の對抗をうけて請求しえず、また悪意の第三取得者も悪意の抗弁の對抗をうけて請求しえないことと調和するか、大いに疑問だと思ふ。

以上のように解するならば、既存債務の支払にかえて約束手形を振出すことは、前述(4)の既存債権の譲渡の確実をはかるために約束手形を振出す場合と基本的に共通した構造をもつといわねばならぬ。

(e) かように既存債務に代えて約束手形を振出す場合を、既存債務の譲渡の確実をはかるために振出す場合と基本的に同一の性質を有すると解するならば、ここにおいても同様に信託的債務負担行為の發展とその仮定的債務者の処分授權への転化の過程を見出しうるであらう。

なお、約束手形の振出人が受取人にこれを売却するとか贈与する場合も、既存債務の支払にかえて振出す場合と全

く同一に解すべきである。この場合には既存債務は存在しないけれども、かかる約束手形の振出によつて、まず、そこに含まれている売買や贈与を原因として振出人の受取人に対する新たな債務が発生し、それとともに、この債權の譲渡の確実をはかる目的でなされる信託的債務負担ないし仮定的債務者の処分授權が、約束手形の振出によつてなされると解すべきである。

7 本項のむすびと補説

(4) むすび

以上によつて、約束手形の振出の主要な場合について、その中に、信託的債務負担行為の發展とその仮定的債務者の処分授權への転化が見出されうることを論証した。もちろん約束手形には右に検討した目的以外の目的で振出される場合もある（田中耕前掲書二一七頁に多数の例があげられている）。ここでいちいち検討する余裕はないが、いずれの場合においても右の過程を見出すことが出来るであらう（振出の目的が異つてもその基本的構造は同一でなければならぬ。それはあたかも信託的譲渡において、信託目的が異つてもその基本的構造が同一であるのと同様である）。

そしてこの過程は、信託的譲渡の發展とその処分授權への転化に対応するものである（もつとも、前述したように（一）一三頁補説参照）信託的譲渡にあつては信託目的が利他的な管理信託であるか利己的な担保信託であるかによつて、それぞれ競合的な処分權の授權、および排他的ないし優先的な処分權の授權へというように多少とも異つた形態への転化を示す。他方、信託的債務負担行為においては、その性質上その信託目的が利他的であらうと利己的であらうとを問わず、仮定的債務者の処分授權へと転化する（前述一〇四頁）。しかし両者を対応するものとして把えて差支えないであらう。両者の間にかかる対応關係が見出されるということは、仮定的債務者の処分授權の概念を処分授權の一種として是認するべきことを主張する私見の立場

に一つの支持を与えうるのである。(なお、本項全体の論述の方法に関して後述一三八頁の付説に述べたことわりがきを参照)

(ロ) 補説1——約束手形をその後更に譲り受けた者の地位について

これまで、約束手形の振出と、受取人がこれを裏書譲渡する関係を中心に論じ、その譲受人から更に裏書譲渡する関係(ないしはさような転譲受人の地位)については触れなかつたのは、仮定的債務者の処分授權の概念の確立を目的として、信託的債務負担行為の発展とその仮定的債務者の処分授權への転化が約束手形の振出の中に見出されることを論証せんとする、本項の課題にとつては直接必要でなかつたからにほかならない。ここで念のためこの問題について要点を簡単に説明しよう。

(a) 約束手形の振出は、単に振出人甲から受取人乙に対してなされる仮定的債務者の処分授權のみではなく、さらに、受取人乙より譲受ける者丙に対してあたえる仮定的債務者の処分授權をも含むと解すべきである(すなわち振出人甲は、譲受人丙が振出人甲に対して債権を有しているとしてこれを他に譲渡することを、振出の際にあらかじめ授權するものであり、この授權は(6)(イ)に述べたところの債権譲渡の確実をはかるための仮定的債務者の処分授權の性質を有する)。

従つて丙から手形を譲受けた丁は、まず、丙の甲に対する債権をそのままの形で譲り受ける(この債権の譲渡については債務者甲は譲渡人丙に対抗しえた事由を譲受人丁に対抗しうる)。しかしそれと同時に、上述のごとき、この債権譲渡を確実ならしめるための仮定的債務者の処分授權がなされている結果として、丙は甲に対する新たな債権を取得する(この債権については債務者甲は譲渡人丙に対抗しえた事由をもつて丁に対抗しえない。しかしここでも悪意の抗弁は問題になりうる。なぜならば振出人甲が振出の際に丙にあててなした仮定的債務者の処分授權は、(既存債権の譲渡の確実をはかるための約束手形の振出における)受取人乙に対する仮定的債務者の処分授權が通常そうであつたと同じく(前述一一八頁、一二三頁頁参照)、

既存債權(ここでは丙の甲に対する債權)が存続していることを原則として条件として与えられたものであり、それが消滅すると授権の効力も失われると解すべきである。しかしかかる事柄を知らないで処分授権が有効だと誤信して丙より譲受けた丁は、表見代理と同じ理由から保護されることになる。しかし悪意の丁は保護されない。そしてこれが、現行法上の構成による悪意の抗弁に該当する)。そして丁の取得した右の両債權は、一方が弁済によつて消滅せば他もその限度で消滅することになる(前述一二二頁参照)。

(b) ところで受取人乙が丙に裏書譲渡するにあたり、乙はいわゆる無担保文句なき限りは法定の償還義務ないし担保義務を負う(この法定の償還義務は当事者の意思の推定を基礎としたものというべきである。同趣旨、鈴木前掲書一一四頁)。そして丙は丁に裏書譲渡するにあつては、上述の丙の乙に対する償還請求権(債權)をも丁に譲渡することになる。ところでこの債權譲渡に関し、その債務者たる乙は、譲渡人たる丙が乙に対して債權(償還請求権)を有するものとして他に譲渡することを丙に授権(債權譲渡の確実をはかるための仮定的債務者の処分授権)したものとみなされる(但し無担保文句の記載あるときを除く。この授権も意思の推定を基礎とするものと解してよい)。従つて譲受人丁は乙に対して二つの債權を取得する。すなわち丙の乙に対する償還請求権(債權)をそのまま抗弁の付着したままで取得するとともに、右の仮定的債務者の処分授権の結果として新たに乙に対する——抗弁の付着しない——債權を取得する(もつとも、ここでも悪意の抗弁は問題になりうる)。乙に対する右の二つの債權も、一方が弁済により消滅せば他方もその限度で消滅することというまでもない。

(c) 更に、丙が丁に裏書譲渡するにあつて丙は無担保文句なき限り法定償還義務を負う(この償還請求権に関して、将来なさるべきその譲渡の確実をはかるために、丙から丁にあつて仮定的債務者の処分授権がなされていると解すべきことい

うまでもない)。

(d) 以上の(a)(b)(c)の結果、丁は振出人甲、受取人乙および裏書人丙の三人に対してそれぞれ債権を取得し、そして振出人甲に対する債権が弁済によつて消滅せば他に対する債権も消滅することになる。しかし乙または丙が償還義務の履行として弁済したときには、乙または丙はもとの地位に、すなわちそれぞれ丙または丁に裏書譲渡する前の状態に帰ると解すべきである。なぜならば、その裏書譲渡は、譲渡裏書人たる自己が後の手形取得者に対して償還義務を履行することを解除条件としてなされたものと解するのが正当だからである。

なお、丁から更に裏書譲渡された者の地位も以上述べたところに準じて考えればよい。

(イ) 補足2——為替手形の振出、引受、裏書について

為替手形に関してこれまで殆んど触れなかつたのも前述と同じ理由による。ここで要点を簡単に説明しよう。

i 振出と引受について

私見によれば為替手形の振出は、屢々述べたように、振出人の支払人に対する実際には存在しない債権(仮定的債権)の、受取人への譲渡であり、そしてこの債権譲渡は支払人の引受によつて、支払人に対する関係においても、あたかも有効に存在した債権の譲渡としての効力を生じる。為替手形の引受はかように、自己に対する実際には存在しない債権の譲渡を、自己に対する関係においても有効な債権の譲渡たることを追認する行為であり、債権譲渡後になされる仮定的債務者の処分授權である。従つて約束手形の振出に見られる仮定的債務者の処分授權が、債権譲渡前の仮定的債務者の処分授權であるのと比べて、単に授權の時期を異にするのみであり行為の本質において異らない(独逸民法一八五条に定める通常の処分授權において、授權が処分前になされる場合と、処分後になされる追認の場合とあること、更には

代理の場合において、代理権が代理行為の前に与えられる場合と、代理行為後に無権代理の追認という形で与えられる場合とあることと対応する)。そして為替手形の引受を経ないで支払人が受取人に弁済する場合も、その暗黙の前提として引受を含んでいると解すべきである(以上の限りでは指図引受と為替手形の引受と同じ性質を有する。指図引受については第四章五(六〇巻一号六五頁以下)参照)。

しかし為替手形の振出は右のごとく、支払人甲に対する実際には存在せぬ債権の、振出人乙から受取人丙への譲渡のほかに、譲渡人Ⅱ振出人乙の、譲受人Ⅱ受取人丙に対する償還義務(引受および支払についての担保義務)の負担をも原則として含む。この償還義務は法定義務として定められているが、当事者の意思の推定に基礎をおくものというべく、従つて、当事者間の特約によつてこれを(支払についての担保義務についても)免れることはできるはずである。

例えば振出の目的が、振出人が支払人に対して有する既存債権を、振出人に代つて受取人をして取り立てさせ、振出人に給付せしめるためであるような場合には、かかる特約は存在しうる。

ii 裏書について

ところで受取人丙が為替手形を——支払人からの引受を得ないまま——丁に裏書譲渡する関係を検討すると、丙は丁に、(a)丙が乙を通じて譲受けた甲に対する仮定的債権を譲渡するとともに、(b)丙の乙に対する償還請求権をも譲渡する。(c)更に、丙の丁に対する裏書に無担保文句なき限り丁に対し法定の償還義務を負う。従つて丁はそれぞれ甲・乙・丙に対して右のごとき債権を取得するといちおういふことができそうである。

しかし正確には次のように解すべきである。まず第一に右の(a)に關し、丙はかように乙を通じて取得した仮定的債権をそのまま丁に譲渡するのみでなく(もしこれだけだとすると、例えば丙が丁に譲渡する前に丙がこの仮定的債権を免除——

将来の権利の処分にあたる（前述六〇頁以下参照）——しておれば、丁はたとえ支払人甲から引受を得たときでも、甲に対して債権を取得しえないことになる。）さらに、この債権譲渡の確実をはかる目的で丙はみずから直接支払人甲に対して同じ内容の債権を有するとして丁に譲渡する（つまり、丙自身の支払人甲に対する仮定的債権をも丁に譲渡する）と解すべきである。その結果丁は甲に対して二つの仮定的債権を有し、甲が引受けることによってこれが現実の有効な二つの債権となる。もつともこの両債権は、一方が弁済されれば他方もその限度で消滅することというまでもない。

このことを支払人たる甲の側からいうならば、甲は引受をなすことによって同時に二つの仮定的債権の譲渡についての追認（譲渡後の仮定的債務者の処分授權）をなすといわなければならない。さらに、丁が甲より引受を得た後にこの引受済みの為替手形を譲渡する関係を考えるならば、この引受の中にはさらに、丁（あるいは丁よりの譲受人）が甲に対して債権を有しているとして譲渡することを授權する関係（仮定的債務者の事前の処分授權）が含まれているといわなければならない。

第二に、右の(b)に關し、丙が丁に裏書譲渡することによつて丙の乙に対する償還請求権を丁に譲渡する場合、丁はまず、この債権をそのままの形で、従つて債務者たる乙が譲渡人たる丙に對抗しうる抗弁をうけついで上で取得する（この限りでは丙の乙に対する償還請求権が特約により発生していなかつたり、あるいは成立後に消滅していれば、丁は乙に對する償還請求権を取得しえない）。しかしこれだけではない。すなわち振出人乙は振出にあたり、受取人丙が乙に對して償還請求権を有するものとして他に譲渡することを授權（仮定的債務者の事前の処分授權）していると解すべきであり（その授權の目的は多くは債権譲渡の確実をはかるためであるが必ずしもそれに限らない）、従つて、この仮定的債務者の処分授權の結果として、丙から裏書譲渡された丁は（右の債権のほかに）新たに乙に對して——抗弁の切斷されている——

償還請求権を取得することになる(ここでも悪意の抗弁は——とくに前述一三四頁註の設例のごとき場合——問題になりうる)。そして丁が取得した乙に対する右の二つの償還請求権は、一方が弁済によつて消滅せば他方も消滅することというまでもない。

第三、右の(c)に關しては、特にいうまでもないが、丙が丁に裏書譲渡することによつて丙は丁に対して、無担保文句なき限り、法定の償還義務を負う。それとともに、丁がこの償還請求権を存在するものとして他に譲渡することを予め丙は丁に授權(仮定的債務者の処分授權)する關係をも含むことは前述のところから明かであろう。

以上述べたところによつて結局、譲受人丁は支払人甲に対する二つの仮定的債権(引受後は現実の債権となる)と振出人乙に対する二つの償還請求権と受取人丙に対する一つの償還請求権を取得する。以上の三人に対する債権の相互の關係は大体において前述(d)に述べた約束手形におけると同様である。

丁から更に——支払人甲によつて引受のなされた、もしくはまだなされていない手形を——裏書譲渡された者の地位は、上述したところに準じて考えればよい。

なお、約束手形および為替手形の振出において資格兼併(すなわち自己受、自己宛手形など)が許される根拠も以上のような約束手形および為替手形の構成によつて容易に説明しうと思う。いわゆる手形行為独立の原則についても同様である。しかしここでは深く立ち入らない。

かようにして私は、固有の意義における手形行為(手形上の債務の発生原因たる法律行為——鈴木前掲書一一五頁参照)のすべてを仮定的債務者の処分授權の概念で統一的に理解すべきであると考えるのである。(なお、無權利から手形を譲受

けた者の、本来の意味での善意取得の関係等については、次章で検討するであろう。）

第四節 結 語

一 仮定的債務者の処分授權の概念の確立と次章以下の課題

以上で「仮定的債務者の処分授權」の概念の確立の試みを終る。

もつとも、第一節三で述べたように、本章につづいて次章以下で、仮定的債務者の処分授權の概念を用いこれ大前提とする演繹的論理の展開によつて、債権譲渡における債務者の異議なき承諾・指図・手形小切手・無記名債権等の新たな再構成を試み、右の諸制度に関する法規・判例・学説との照応関係を明らかにすることによつて、仮定的債務者の処分授權の概念が、果してこれらの制度に内在する共通の構成原理であるかが検証されるはずである。従つて次章以下になされるこの試みは、右の概念の確立という本章の課題にとつても、この概念の現象型態を明らかにし、また、この概念の有用性を実証する意義を有するものであり、その限りにおいて、本章の課題を一層完成させる意義を有するであろう。

なお、本章の第三節六で仮定的債務者の処分授權と信託的行為との関係を考察した箇所において、すでに約束手形の振出の性質をかなり詳細に論じ、またそれに関連して約束手形の裏書の、また為替手形の振出・裏書・引受の性質についても若干触れた。これは本来は次章以下でなさるべき議論であつたかも知れない。しかし、本章の課題の中で仮定的債務者の処分授權と信託的行為との関係を論ずることは逸することのできないことであり、そして信託的行為

との関係を論ずる以上は、約束手形の振出の性質についても立ち入った議論をすることを余儀なくされたのである。しかし結果的には本章の課題の枠からはみ出ることにはなつた。

なお、信託的行為との関連を論じた第三節六は、問題の困難さと相俟つて時間的余裕の不足から、とりわけ論述の整理の不充分な点において、必ずしも意に満たないままで早産させる結果になつたことを告白しなければならない。(とくに、2と4、3(イ)と5(イ)、3(ロ)と5(ロ)、をそれぞれ統一的に叙述すべきであつたかも知れない。少なくともそれによつて叙述の重複をかなり避けえたであろう。)しかし充分とはいえないまでもとかく一応まとめるところまで考察をすすめることの出来たのは、来栖教授に相手になつて頂いた議論から得た示唆によるところが少なくなかつた。

二 本章の構成をとるに至つた経緯

本章でもつとも苦心した点の一つはその構成と叙述の順序を如何にするかであつた。長い間の暗中模索の末に到達した結果は第一節および第三節の一に述べた通りである。駄足ながらここでそれに至るまでの経緯を述べることは、本章がよりよく理解されるために多少とも役立つかも知れない。

(イ) 本稿の序章七で述べているように(五九卷三・四合併号四六頁参照)本稿の問題を追求していく際の思考過程においては、債権譲渡における債務者の異議なき承諾、指図引受・手形小切手さらには無記名債権等に共通する基本的な構成原理として、仮定的債務者の処分授權の概念を想定するに至る過程と、この概念が、既存の法制度や法概念と論理的に矛盾することなく、是認されうる概念だとして自ら確認するに至る過程とは、繩を綯うが如くに相互に関連して推し進められたのであつた(さらに付け加えるならば、右の諸制度の基本的構成原理としてこの概念を想定するに至る過程は、

これらの制度に関する既存の理論構成が、それをめぐる個々の具体的現象的な法律関係を充分には解明しえない——少くとも統一的な首尾一貫した説明がなされていない——という欠陥を見出す過程を含み、あるいはこれと平行して進められた。そして後者の過程の結果を本章でとりあげることが当初から予定していたのであつた（序章五、前掲号四二頁参照）。

(四) ところで、既存の法制度・法概念との論理的整合性を論証するという場合、それが万人を納得せしめうるためには、いうまでもなく、単なる言葉の綾とか、巧妙な（しかし実際には往にして詭弁的な）論理操作に頼つてはならない。相互の論理的関連を（また歴史的、機能的な関連を）客観的に明らかにすることがこの論証の前提として含まれていないければならない。

従来、往々にして法律解釈において、とりわけ判決において、具体的な法的命題としての解釈論ないし判決が既存の法体系と矛盾せずそれに包摂されうる関係にあることを——解釈の理論構成という形でまた判決理由という形で——論証するにあたり、かかる詭弁が用いられなかつたとはいえない。しかしこのことは、少なからざる場合において、法規の無欠缺性の理論と裁判における法創造的機能の否定の建前を前提とする限り——この前提自体が批判の余地あるものであることはいうまでもないにしても——従来の法規が予想していなかつた原理的に新たな生活関係についてもそれに適合する具体的妥当な裁判を導こうとするためには、やむをえないことだつたともいえる。しかし、ここで問題にする仮定的債務者の処分授権の概念は、近代取引法の重要な一環を形作る前述の諸制度の内在的な構成原理として予想されるものである以上、従来の取引法の体系と原理的に矛盾するものではありえないはずである。その限りにおいて、詭弁的な論証は必要でもなく、また許されないといわねばならない。

ところで、仮定的債務者の処分授権の概念と既存の法制度・法概念との客観的な論理的関連を明らかにすることは、この概念の意味構造を明らかにするため欠くべからざることであり、そしてこのことは、（次章以下の課題たる）假定

的債務者の処分授權の概念をもつて債権譲渡における債務者の異議なき承諾や指図や手形小切手等を再構成し、それに関する具体的な法律関係を解明していく際に極めて重要な意義を有するはずである。従つて相互の客観的な論理的関連を追求することは、単にその論理的整合性を論証するための前提にとどまらず、それ自体独立した重要な課題でなければならない。

この課題にこたえる目的から、本章の論述においては、論理的整合性を論証するためだけならば不必要に思われるかも知れない議論が含まれる結果となつている。しかしともかく、論述の体裁の上では、当初からの主題であつた論理的整合性の論証ということ形式上前面にかかげて全体を統一することにした。

(ハ) ところで、仮定的債務者の処分授權の概念と関連する他の法制度、法概念との論理的関連を考察するにあつて、代理をどこで扱うかが問題であつた。代理と処分授權は極めて密接な関係を持ち、仮定的債務者の処分授權の概念にとつても、他の法制度、法概念とは同列におきえない特殊な内面的なつながりがある。従つて代理については、他と別に扱う必要があると考へたが、他面この考慮と並行して、仮定的債務者の処分授權の概念と他の法制度・法概念との関連を明らかにする前提として、いちおう本論と別にこの概念の定義を明らかにする必要があると考へた。右の二つの考慮を結合させることによつて第二節の「仮定的債務者の処分授權の概念規定とその構成要素——内包的意味」を独立させることとし、そして代理を、仮定的債務者の処分授權の構成要素の一つたる処分授權との直接の関連において論ずることとしたのである。

なお、かようにして第二節を第三節から独立させ、後者では隣接する他の法制度・法概念との論理的関連を論ずるのに対し、前者では仮定的債務者の処分授權の概念自体の構成要素を論ずる構成を考へつくについて、直接の契機と

なつたのは、たまたま桑原編「日本の名著」を通じて知つた美学者九鬼周造博士の「いきの構造」であり、そこでとられてゐる構成からの示唆による。そして同博士の用語にならつて（論理学上普通用いられてゐる用法とは異なるであろうが）第二節の「構成要素」及び第三節の「隣接する他の法概念との関連」をそれぞれ概念の内包的意味・外延的意味と名づけたのである。

本稿も、本章を終つていけばその頂上に達し、その最大の難関は踏み越えたといえるかも知れない。しかし到達すべき目標はまだ遠くにあり、降り途が必ずしも容易とは限らない。

驚馬は更に鞭うたれねばならぬ。

付記

本稿の一と二を発表して以来、いろいろな方から激励の言葉を頂いた。また、ジュリストの書評欄で一と二についてそれぞれ懇切な批評をたまわつた（ジュリスト一九六二年十月十五日号、同十二月一日号）。伏して謝意を表したい。